

## **Resumen**

Tesis doctoral: El papel del Poder Judicial en la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho en el Salvador

Autor: Rafael Leonidas Benítez Giralt

Director: Eusebio Fernández García

AREA: DERECHO PROCESAL

La realidad jurídica y política del Poder Judicial en nuestros tiempos exige un serio y profundo replanteo. Las crisis políticas y de la ley, las desigualdades económicas y sociales, la complejidad de los problemas culturales y de la sociedad, obligan al Poder Judicial a tener la capacidad de afrontar dichas realidades. Esta misma situación ha estado acompañada de una expansión de la función judicial, la cual, puede traer problemas y desajustes en el orden político y en la relación con los otros poderes del Estado, si dicha relación no es moderada y equilibrada. Esta definición de la función judicial no es ajena para aquellas situaciones de países que luchan por salir delante de regímenes autoritarios o totalitarios. La Democracia y el Estado de Derecho, en un contexto o en otro, exigen al Poder Judicial que brinde certeza, seguridad jurídica y previsibilidad como parte de la defensa y garantía de los Derechos Fundamentales. Esto se puede lograr a través de la superación de los viejos esquemas decimonónicos del juez burócrata y autómatas aplicadores de la ley. La motivación y la fundamentación de las sentencias, en este sentido, son garantía ciudadana en un Estado de Derecho Democrático.



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS  
*"BARTOLOME DE LAS CASAS"*

**EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA CONSOLIDACIÓN DE  
LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO  
EN EL SALVADOR**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

**RAFAEL LEONIDAS BENITEZ GIRALT**

DIRIGIDA POR:

**DR. D. EUSEBIO FERNANDEZ GARCIA**



GETAFE 2003

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	<b>i</b>
<b>Planteamiento metodológico de la investigación</b> .....	<b>iv</b>
 <b>Capítulo I</b>	
<b>El concepto de democracia</b> .....	<b>1</b>
I.1. Sistema político o régimen político .....	1
I.2. Hechos y valores en la conceptualización de la democracia .....	7
I.2.1. Democracia descriptiva: tres ejemplos .....	9
I.2.2. Democracia prescriptiva o normativa: <i>valores que subyacen en la democracia</i> .....	23
I.3. El modelo de representación en las actuales democracias. ....	31
I.3.1. La independencia parcial de los representantes .....	35
I.3.2. La libertad de opinión pública .....	38
I.3.3. El carácter periódico de las elecciones .....	39
I.3.4. Juicio mediante discusión .....	40
I.4. El principio de la mayoría y sus límites. ....	42
I.5. Cultura política democrática. Su confrontación con el totalitarismo y el autoritarismo. ....	48
I.6. Conclusión: el concepto de democracia. ....	62

**Capítulo II**  
**El Estado de Derecho . . . . . 65**

II.1.Elementos básicos de un Estado de Derecho . . . . . 67

II.2. Precedentes históricos del Estado de Derecho . . . . . 76

II.2.1.Fundamentos filosófico, históricos y jurídicos del Estado de Derecho. . . . . 77

    II.2.1.1. El derecho natural moderno. . . . . 84

    II.2.1.2. El contractualismo y el gobierno de las leyes . . . . . 97

    II.2.1.3. La nueva situación: derechos y libertad individual. . . . . 144

    II.2.1.4. Declaraciones de derechos . . . . . 147

II.3. Modelos de Estado de Derecho: el Estado liberal y el Estado social. . . . . 157

II.4 El papel de los principios en el Estado de Derecho. . . . . 185

II.5 Relación entre Democracia y Estado de Derecho. . . . .192

II.5.1 Constitucionalización del sistema Democrático y el Estado de Derecho . . . . .192

II.5.2 Coincidencias en la relación Estado de Derecho y Democracia. . . . . 195

II.5.3 Rasgos que diferencian a la Democracia y al Estado de Derecho . . . . .197

II.6 Conclusión . . . . .198

**Capítulo III**  
**El Poder Judicial . . . . . 201**

III.1. Concepciones sobre el Poder Judicial. Una aproximación  
    analítica y descriptiva . . . . . 204

III.2. Concepción Democrática de la Jurisdicción en el Estado de Derecho. . . . . 216

III.2.1. Función judicial en la actual situación de la Democracia . . . . . 217

III.2.2. Legitimidad democrática del Poder Judicial . . . . . 231

III.3. La imparcialidad del juez y la garantía de independencia judicial . . . . .237



III.4. Responsabilidades del juez.....	266
III.5 La motivación y fundamentación de las sentencias: exigencia Democrática . . .	278
III.6. Conclusión. ....	295

#### **Capítulo IV**

#### **La transición hacia la Democracia en El Salvador**

#### **Estado de derecho y el Poder Judicial. .... 303**

IV.1. Antecedentes Históricos. La transición hacia la Democracia El golpe de estado de 1979 y los acuerdos de paz de 1992. ....	305
--	-----

IV.1.1. Crisis generalizada de Poder. El golpe de Estado de 1979 y la consiguiente guerra de doce años. ....	307
---	-----

IV.1.2. La nueva institucionalidad del país. ....	327
---	-----

IV.2. El Estado de la nación. Democracia, Estado de Derecho y Poder Judicial 1992 – 2001. ....	340
---	-----

IV.2.1. La crisis de seguridad – inseguridad, los derechos humanos y la impunidad. ....	343
--	-----

IV.2.2. La institucionalidad y la cultura política. Derecho y política. ....	354
--	-----

IV.2.3. La situación económica y social. ....	360
---	-----

IV.3. Propuestas para el fortalecimiento de un Poder Judicial Democrático en El Salvador. ....	365
---	-----

IV.3.1. Exigencias de un Estado de Derecho Democrático al Poder Judicial. . . . .	365
---	-----

IV.3.2. Independencia externa e interna del Poder Judicial salvadoreño . . . . .	368
--	-----

<b>CONCLUSIÓN FINAL. ....</b>	<b>389</b>
-------------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA . . . . .</b>	<b>405</b>
-------------------------------	------------



## Introducción

El Estudio que se recoge en este trabajo de investigación, tiene por objeto establecer los mínimos teóricos y prácticos para conocer y desarrollar la función que debe desempeñar el Poder Judicial en un Estado de Derecho Democrático y, en concreto, en situaciones de transición o consolidación hacia la Democracia y el Estado de Derecho. Para ejemplarizar los aportes doctrinarios antes mencionados se ha escogido El Salvador como objeto de análisis. No se pretende encontrar una solución global al fenómeno social salvadoreño, ni mucho menos diseñar un modelo o programa de desarrollo para este país; se trata, más bien, de conocer cuáles son las funciones o la función de un Poder Judicial en un Estado que se encuentra en transición hacia la Democracia, y qué papel debe jugar para consolidar dicho sistema. Para lograr el conocimiento de la Democracia, del Estado de Derecho y del Poder Judicial, y para no caer en elementos únicamente formales, se profundiza y se establecen características materiales (sustantivas) y de fondo en relación con estos conceptos. El contenido de lo que se va a entender por un Estado de Derecho Democrático, se hace partiendo de métodos descriptivos y prescriptivos, sin dejar de lado la crítica de las formas tradicionales de entender la Democracia y el Estado de Derecho.

Todo lo anterior pone en cuestión las bases ideológicas de lo que comúnmente se entiende por Democracia y Estado de Derecho. Es decir, se cuestiona y se critica el uso de algunas reglas y principios democráticos para justificar acciones de poder que violan los Derechos Fundamentales. Para no caer en falsedades justificativas e ideologizadas que niegan el verdadero valor de la Democracia y del Estado de Derecho, en la presente investigación se dedican tres capítulos al desarrollo y conocimiento de los conceptos de Democracia, Estado de Derecho y Poder Judicial. El análisis es realizado de manera descriptiva y crítica tomando como fuente de conocimiento las Ciencias Políticas, la Filosofía del Derecho, la Historia y las Ciencias Jurídicas. En términos generales, podría decirse que la investigación es un estudio político y filosófico del Estado de Derecho Democrático, en el cual se ve inmerso el Poder Judicial. Aunque el título elegido se refiera a un aspecto de la realidad de un país, abordado desde el papel que debe jugar el Poder Judicial en la consolidación de la Democracia y el Estado de Derecho en El Salvador, se hace un recorrido teórico sobre lo que desde nuestra perspectiva debe considerarse como un Estado de Derecho Democrático.

En este sentido, dado el planteamiento teórico y científico en los términos antes señalados, se hace una aplicación de dichos conceptos tomando en cuenta la realidad. No es ajeno para nadie que, en la mayoría de países del mundo, muchos gobiernos han basado sus políticas en nombre de la Democracia y de los Estados Libres, y que, en la práctica, han violado esos principios que dicen defender. La realidad ha demostrado que la libertad y la igualdad, valores fundamentales de la Democracia, se han sometido a un solo valor, al valor de la libertad económica del capital y de la propiedad privada. Esto ha producido crisis generalizadas de poder, que se manifiestan en conflictos sociales que llevan aparejadas, en algunos casos, violencia armada. Las causas internas que dan origen a muchos de estos conflictos han sido y siguen siendo la profunda exclusión de las mayorías sociales a los beneficios de la economía, la política y la justicia.

Países como El Salvador, que viven transiciones a la Democracia, se han visto entorpecidas por una crisis política de representatividad de los partidos políticos, por una situación de violencia criminal acompañada de corrupción e impunidad y por la adopción de programas de ajuste estructural establecidos por las agencias financieras internacionales, que, junto con los anteriores factores, están causando una creciente crisis económica y social.

No deja de preocupar el papel de la ley y su aplicación en estos contextos; la ley en estas sociedades exige un replanteamiento político, en cuanto a que ésta como manifestación de la voluntad soberana de los pueblos, no es asumida como el instrumento que asegura la convivencia civilizada del Estado moderno. Esto se debe, entre otras cosas, a que el contenido de dichas normas, responden, en los últimos tiempos, a modelos económicos cuya lógica es la libertad del mercado en un ámbito globalizado y neoliberal. Lo cual se traduce, principalmente, en que esa voluntad soberana del pueblo se encuentra frustrada, precisamente, porque esos modelos normativos no responden a sus expectativas básicas de existencia humana digna. Por otra parte, puede añadirse, que las exigencias de sometimiento de los poderes y personas a la ley siguen estando ausentes, y es causa de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Sin embargo, el desarrollo y la profundización de la Democracia en el contexto de sociedades desiguales que excluyen de la vida económica y política a millones de

personas, requieren una revisión y análisis desde sus orígenes clásicos. Sobre todo si se tienen en cuenta las realidades mismas de la sociedad y de la historia en contextos determinados. En otras palabras, el estudio de las bases clásicas ilustradas y su reencuentro requiere ser vista y enfocada, no sólo desde su planteamiento teórico conceptual, que desde la Democracia y el Estado de Derecho exige, sino, sobre todo, teniendo en cuenta la realidad histórica que viven y han vivido los pueblos. Enfrentar teoría y realidad nos lleva necesariamente a un análisis crítico de los fundamentos de dichos valores y de dichas prácticas, que, en muchos casos, niegan el verdadero fundamento de los principios y normas que deben garantizar la dignidad humana. Por eso, la presente investigación pone énfasis en los fundamentos filosóficos y políticos del Estado de Derecho, en el que la ley y la Constitución, como normas jurídicas, juegan un papel fundamental en la convivencia pacífica y ordenada de la sociedad, en la que se encuentra inmersa la función del juez.

Lo anterior exige, un renovado entusiasmo por el conocimiento de la ley, al igual que los filósofos y pensadores ilustrados, siendo conscientes de que los sistemas judiciales son nuevos espacios para conquistar el valor de la ley. Estos son los primeros pasos para que el imperio de la ley se vuelva un objetivo y un proyecto político que pueda motivar los cambios y las transformaciones que exige la realidad latinoamericana.

Por estas razones tiene relevancia el estudio del Poder Judicial, sobre todo en momentos en que su papel se ve cuestionado por unos, al considerar que extralimita sus funciones, y por otros, al considerar que no cumple con su obligación de garantía y defensa de los Derechos Fundamentales. El análisis científico del Poder Judicial, no puede verse desvinculado de conceptos tales como la Democracia y el Estado de Derecho, ya que su papel es fundamental para garantizar la existencia y regulación de ambos.

Actualmente, en el ámbito Salvadoreño, no existen estudios académicos que permitan analizar cuales han sido los aportes concretos del Poder Judicial a la transición democrática. Por este motivo, la presente investigación centra su interés en las siguientes preguntas: ¿cómo el Poder Judicial puede coadyuvar a la consolidación de una Democracia?, ¿qué papel es el que le corresponde al Poder Judicial dentro de un Estado en que los diferentes miembros de la sociedad deben estar obligados a respetar y a someterse a la ley, a la supremacía constitucional, a la división de poderes, al

reconocimiento de los Derechos Fundamentales y al acatamiento de los principios que rigen todo Estado de Derecho?, ¿qué exigencias le hace la democracia al Poder Judicial?. Son problemas que se deben plantear y que nunca se han planteado hasta este momento, al menos desde un estudio científico sobre el problema de El Salvador, y por qué no decirlo, sobre una problemática que incumbe a las Ciencias del Derecho, la Filosofía y a la Política en general.

El objetivo que se persigue con éste estudio es crear una propuesta de reforma del Poder Judicial, para que cumpla con su función en la transición que vive El Salvador hacia la Democracia. El aporte del Poder Judicial a la realidad salvadoreña, es el de construir un Estado de Derecho Democrático, con el objetivo de que se convierta un defensor del respeto irrestricto de los Derechos Fundamentales.

## **Planteamiento metodológico de la investigación**

### **i.1 Marco teórico**

La investigación que se hace es de dos tipos, una teórica y una práctica o aplicada; ambos tipos (la teórica y la práctica) siguen las pautas de toda investigación social, en la que se habla, por un lado, de la teoría del problema y por otro de la realidad práctica que las soluciones a estos problemas pueden conllevar. Lo que se pretende no es únicamente hacer un estudio en abstracto, sino también, dar pautas de solución a los problemas planteados en relación con el Poder Judicial y su influencia en la Democracia<sup>1</sup>.

Desde esta perspectiva, se hace necesario abordar el problema del Poder Judicial en la transición hacia la Democracia, estableciendo las categorías desde las que se va a afrontar el fenómeno. Para lograr esto, es necesario establecer estas categorías determinando los límites temporales y espaciales y los parámetros desde los cuales se realiza el análisis. Es necesario subrayar que los tres grandes parámetros de la

---

<sup>1</sup> Tales conceptos se encuentran desarrollados en Kenneth D. Bailey, *Methods of Social Research*, Free Press, New York, USA, 1979, p. 15 – 18.

investigación son la Democracia, el Estado de Derecho y el Poder Judicial, tal como se apuntó anteriormente.

En este sentido, es imprescindible estudiar qué debemos entender por Democracia, Estado de Derecho y Poder Judicial, y cuál es la relación que une estos tres conceptos. Una vez conocido el contenido teórico de dichos conceptos, se pueden concretar unas propuestas de reforma para el caso de El Salvador. Con el objetivo de lograr este fin, se utilizan como apoyo los aportes teóricos de diferentes analistas sociales, filósofos y juristas.

## **i.2 Hipótesis**

Entre las hipótesis que se pueden plantear están las siguientes:

1. El problema social que se manifiesta en las crisis de la Política, la Economía, y el Derecho, se solventa a través del cumplimiento de los principios, valores y normas que caracterizan un Estado de Derecho Democrático, dejando a un lado las concepciones formales.
2. La redefinición de la función del Poder Judicial, frente a las crisis sociales provocadas por las desigualdades económicas, políticas, sociales y de administración de justicia, es un elemento coadyuvante a la solución de los conflictos que esas desigualdades estructurales generan.
3. El contexto de la transición hacia la Democracia, en el cual se encuentra inmerso el problema de falta o inexistencia de un verdadero Estado de Derecho, es el marco idóneo para reconocer que los sistemas judiciales son nuevos espacios que permiten la lucha por alcanzar la democratización. La redefinición de los modelos tradicionales de Administración de Justicia de los que forma parte la función del juez, es el primer paso para que el Estado de Derecho se convierta en objetivo y proyecto político de manera que pueda encauzar a las naciones en aras del respeto y garantía de los Derechos Fundamentales.

## **i.3 Objetivos**

### **i.3.1 General**

Tal como se había señalado anteriormente, el objetivo general que se persigue es conocer los contenidos descriptivos, prescriptivos y funcionales de la Democracia, el Estado de Derecho y el Poder Judicial, para crear una propuesta de reforma del Poder Judicial salvadoreño de manera que cumpla con su misión en la consolidación de un Estado de Derecho Democrático como defensor del respeto irrestricto de los Derechos Fundamentales.

### **i.3.2 Específicos**

1. Determinar de manera sencilla el concepto de Democracia, a la luz del aporte de algunas teorías liberales y de representación que sobre el tema se han escrito.
2. Definir de modo sencillo, los fundamentos filosóficos, históricos y jurídicos del Estado de Derecho, su evolución y sus características fundamentales.
3. Conocer cuál es el papel que juega el Poder Judicial en un Estado de Derecho como parte de un sistema democrático.
4. Describir la experiencia histórica salvadoreña, en su proceso de transición y consolidación hacia la Democracia.
5. Definir la función que debe desarrollar el poder judicial, en el contexto de la transición hacia la Democracia que vive El Salvador, estableciendo algunos elementos necesarios para la reforma de ese Poder Judicial.



## **i.4 Metodología**

Es importante señalar que, para el logro de los objetivos de esta investigación, es necesario partir de los textos y de los contextos de la época, los cuales se marcan como límites temporales y espaciales.

El límite temporal abarca desde el golpe de estado de 1979 hasta el año 2001, marcando como eje la firma de los acuerdos de paz en 1992. El aporte principal de esta tesis de investigación doctoral tiene como límite espacial la institucionalidad del Poder Judicial en la República de El Salvador.

Se aborda el problema planteado de la siguiente manera:

La investigación se divide en cuatro capítulos y una conclusión. Los tres primeros capítulos desarrollan el marco teórico conceptual de la investigación, utilizando los aportes teóricos que se han desarrollado sobre la Democracia, el Estado de Derecho y el Poder Judicial. El cuarto capítulo consiste en describir, analizar, criticar y aportar ideas sobre la base de la realidad fáctica de la transición democrática salvadoreña, teniendo como objeto principal el papel del Poder Judicial en esa realidad.

A continuación una breve descripción de lo que se realiza en cada capítulo:

En el primer capítulo se definen los criterios básicos que nos puntualicen la concepción de una democracia en el ámbito liberal y representativo, desde una perspectiva teórica. No se trata de elaborar un estudio o una teoría sobre la Democracia, sino que lo que se pretende es el establecimiento de un concepto básico para obtener un marco teórico que permita confrontarlo con la realidad. Esta definición sirve como un punto de partida para emprender la investigación. El análisis, como se verá, centra sus esfuerzos fundamentalmente en las teorías liberales y de representación.

En el segundo capítulo se aborda el tema de la conceptualización del Estado de Derecho. El objetivo es conocer los fundamentos filosóficos, históricos y jurídicos del Estado de Derecho. Esto permite tener una idea clara sobre las bases en que se desarrolla el Estado de Derecho y cuales son sus objetivos, es decir, la razón de ser del Estado de Derecho.

Para ello se cuenta con el aporte de los teóricos clásicos que más influencia ha tenido en la historia de la filosofía sobre el Estado de Derecho. El conocimiento de la evolución que el Estado de Derecho ha experimentado, es un punto importante para observar su desarrollo, de acuerdo con las exigencias históricas de cada momento. De esta forma, la construcción de un marco teórico permite ser un parámetro para el análisis del tipo de Estado que pretende construir El Salvador. Para ello, la definición de Democracia y Estado de Derecho es básica, en cuanto a que todo Estado que se considere o que pretenda ser un Estado de Derecho Democrático debe cumplir con ciertas exigencias fundamentales.

El tercer capítulo consiste en conocer el papel del Poder Judicial en un Estado de Derecho Democrático, lo cual exige analizar el Poder Judicial dentro de la concepción del Estado Democrático, cuál es su función y su ubicación. Este capítulo permite hacer un análisis político y jurídico del Poder Judicial, para ello se utilizan elementos del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional. Para tal fin podrán servir las experiencias de algunos países europeos, tanto de las tradiciones del derecho continental como las del derecho anglosajón.

Estos tres capítulos de la investigación nos ayudan a tener una idea del marco teórico conceptual del cual se parte. El cuarto capítulo se convierte en la síntesis nacida de la confrontación dialéctica entre los tres primeros capítulos y la realidad histórica salvadoreña.

En el cuarto capítulo, se analiza la realidad nacional salvadoreña atendiendo al contexto social, cultural y jurídico, para conocer cuál ha sido el camino que se ha avanzado hacia la Democracia. Para lograr dicho objetivo, se realiza un análisis de la transición democrática, tomando como referencia los diferentes estudios y análisis que de la realidad se han hecho. No se deja de lado el estudio de la legitimidad constitucional, tanto en sus aspectos de eficacia como de sus contenidos normativos. Se estudian los documentos del golpe de estado de 1979, la constitución de 1983, además de hacer un examen de las diferentes fuerzas sociales, sean oficiales o de hecho, que intervienen en la creación de la constitución de 1983 y, por último, se estudian las reformas constitucionales de 1991. Se hace hincapié, también, en las reformas provenientes de los acuerdos de paz y en los grandes problemas que aún se suscitan en la actualidad

después de la firma de los acuerdos de paz. Todo esto hace posible dar una idea del entorno social, político y jurídico, en la que ha estado y está inmersa la realidad de El Salvador. Finalmente, lo anterior permite hacer una propuesta de reforma del Poder Judicial encaminada a que dicho poder contribuya a la realización del Estado de Derecho Democrático en garantía de la plena vigencia y del respeto de los Derechos Fundamentales.

## **Capítulo I**

### **El concepto de Democracia**

El tema de la democracia es muy amplio por su historia sus conceptos y matices y por las teorías que han tratado de explicarla, obviamente, cada una de las teorías ha buscado dar explicación a eso que sencillamente se ha denominado, “el poder del pueblo”. Este concepto varía dependiendo de la época y la utilización de las palabras<sup>1</sup> que rigen su significado. El objetivo en este capítulo, es construir una definición de la democracia que sirva como marco teórico para abordar el fenómeno de la función del poder judicial en países que se encuentran en una transición hacia la democracia, como es el caso de El Salvador. No se redundará sobre la diversidad de ideas y presupuestos que se han dado al respecto, ya que esto ha traído como consecuencia la creación de diversos modelos de democracia, de los cuales se han extraído aquellos aspectos comunes que servirán para la construcción de dicho concepto. Tampoco se pretende adoptar un modelo en concreto sino crear un concepto básico que incluya los elementos constitutivos de toda democracia liberal, representativa, real y valorativa. En definitiva, la finalidad que se persigue, como ya se apuntó antes, que, a partir del concepto que se construirá, poder hacer el análisis del papel o el rol que juega el poder judicial en las democracias actuales, tomando como parámetro el concepto de Democracia en un Estado de Derecho.

#### **I.1 Sistema político o Régimen político**

Es necesario definir, en primer término, que se entiende por Sistema político y régimen político y cuál de los dos conceptos se utiliza para la construcción del concepto de

---

<sup>1</sup> Etimológicamente la democracia se define como “poder del pueblo”, demos = pueblo, cracia = poder. Hay que aclarar que estos términos han ido variando con el tiempo y varían también del lugar donde se desarrollen. “Demos” en el siglo quinto antes de Cristo significó para los Atenienses “la comunidad reunida en la Ekklesia, es decir, los únicos que podían participar de esta asamblea eran aquellos que se consideraban ciudadanos, lo cual era una categoría honorable para la época.. Esta asamblea popular en cambio para los romanos eran las comitias, sean curiatas, centuriatas, plebeyas, etc... pero el “Demos” traducido por populus latino, hace aún mayor la confusión, no obstante que el término populus fue utilizado durante quince siglos, de donde se deriva el concepto de soberanía popular de la democracia, el cual no es griego, sino latino. Ver. Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia I. El debate contemporáneo*, versión española de Santiago Sánchez González, Alianza, 1988. Pag. 42.

democracia. sistema o régimen político se ha utilizado, entre otros, para designar o conocer los elementos y las distintas variables que caracterizan una determinada realidad política, o los presupuestos que debería contener esa realidad política. Por ejemplo, se habla de sistemas o regímenes autoritarios, democráticos, totalitarios, etc., pero ¿existirá alguna diferencia entre estos dos conceptos?, ¿Cuál de los dos conceptos se utilizará para definir la democracia, el de sistema político<sup>2</sup> o el de régimen político<sup>3</sup>? La respuesta a la primera pregunta es afirmativa, existen diferencias que fundamentalmente son la amplitud de uno (sistema) y la especificidad del otro (régimen), las que se matizarán más adelante, aún cuando algunos autores los utilizan indistintamente, tal como veremos a continuación en las siguientes definiciones que sobre democracia se han hecho en las que se utiliza el término “sistema” o “régimen”.

La democracia como régimen político desde una definición normativa “es aquel régimen político que postula una necesaria correspondencia entre los actos de gobierno y los deseos de aquellos que son afectados por ellos”<sup>4</sup>. Robert Dahl, en cambio, lo define como el “sistema político caracterizado por la continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos”<sup>5</sup>. Otra definición es la democracia como “aquel sistema definido por el pluralismo, la competencia libre entre elites y la responsabilidad” o “aquel sistema que quizá no sirva para elegir a los mejores

---

<sup>2</sup> El sistema político es considerado como un conjunto de variables y como un segmento de la organización colectiva investido de una función social determinada. Este conjunto de variables que interrelacionadas realizan una función social determinada, se diferencia, precisamente de otras estructuras sociales, por ser estas propias de la actividad política. La función esencial de la actividad política y por tanto, de las estructuras políticas interrelacionadas en un sistema político, consistirá normalmente en coordinar dirigir y representar los intereses a veces divergentes de los diferentes grupos sociales parciales y resolver, en su caso, los conflictos al nivel de la sociedad global. Véase S. Bernard, *Esquisse d'une théorie structurelle fonctionnelle du système politique*, Revue de l'Institut de Sociologie, 3, Bruselas, 1963, p. 58.

<sup>3</sup> Como régimen político son varias las definiciones que sobre democracia se han escrito, por ejemplo menciono dos de las cuales han sido citadas por Rafael del Aguila en el capítulo titulado “La democracia” en el “Manual de Ciencia Política”: “un régimen en el que los ciudadanos se gobiernan a sí mismos (directamente o por medio de representantes) y poseen todos los recursos, derechos e instituciones necesarios para hacerlo. O bien, aquel régimen político en el que existe responsabilidad de los gobernantes ante los gobernados, lo que se concreta en que estos últimos, a través de las elecciones y otras instituciones, ejercen control sobre aquellos”. Rafael del Aguila (editor), *La democracia*, Manual de Ciencia Política, Trotta, Madrid, 1997, p. 141.

<sup>4</sup> May, J.D., *Defining Democracy: A bid of coherence and consensus*, en *Political Studies*, 26, 1978, p. 1. Gianfranco Pasquino y otros, en *Manual de Ciencia Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 80.

<sup>5</sup> Robert Dahl, *La poliarquía participación y oposición*, traducción de Julia Moreno San Martín, Técno, Madrid, 1989, p. 13.

gobernantes, pero si sirve para expulsar a los peores con costes sociales y humanos mínimos (si lo comparamos con otros sistemas)”<sup>6</sup>.

Como se puede observar en estas definiciones se utiliza el término sistema o régimen indistintamente, Giovanni Sartori deja más en claro su postura, que la democracia –la concibe él- “como una entidad, un concepto-objeto, y, más concretamente, como una clase específica (un tipo) de sistema político”<sup>7</sup>.

Para responder a ambas preguntas es necesario entrar a analizar estos dos conceptos, para tal fin iniciaremos con el de sistema político. En primer lugar, el sistema alude a aspectos estructurales de la democracia en general, lo cual no será comprensible si no se le sitúa en el contexto social global, es decir, si no se le considera “como un conjunto de variables y como un segmento de la organización colectiva investido de una función social determinada”. Por tal razón, el estudio del sistema político debe abarcar su dimensión estructural<sup>8</sup> y su dimensión dinámica, es decir, “un conjunto de relaciones funcionales entre variables”<sup>9</sup> que interactúan en forma dinámica dentro del sistema político, factores, acciones y reacciones de los distintos elementos que integran la estructura del sistema. Así los factores, entendidos como los elementos constitutivos de los sistemas políticos, son elementos de la realidad como soportes activos o pasivos como podrían ser el poder, la autoridad, la decisión y la fuerza; las acciones y reacciones son las realizadas por cada factor en su interacción dinámica, lo cual traerá como consecuencia el conjunto de relaciones funcionales entre variables, es decir, los cambios reales sufridos por el factor.

Las variables antes mencionadas pueden ser de Psicología política (status en cuanto conciencia actitud, motivación, ideología, comportamiento, etc.), de Ciencia política (poder autoridad, decisión, fuerza y demás variables de tipo institucional y estructural) y de

---

<sup>6</sup> Philippe C. Schmitter y Terry L. Karl, *Qué es y qué no es la democracia*, traducción de Fernando Reinares, Sistema 116, Revista de Ciencias Sociales, Madrid, Septiembre 1993, p. 18

<sup>7</sup> Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia 1*. Op.cit. p. 226

<sup>8</sup> En el campo de las ciencias sociales, “estructura es un conjunto de elementos relacionados entre sí de acuerdo con ciertas reglas y principios”. Esto significa que una estructura no es la mera suma ni yuxtaposición de elementos, sino su articulación, enlazamiento y organización. La estructura está formada por una multiplicidad de elementos y partes, ordenadas en función del todo. Ver Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 400

<sup>9</sup> S. Bernard, *Esquisse*. Op.cit. p. 58.

Sociología (clase y objetivación de status, grado de desarrollo económico – social, nivel de pertenencia a asociaciones voluntarias, nivel de participación cívica, factores religiosos, culturales y raciales, etc.) en interacción constante.

Lo descrito se refiere, básicamente, a que el sistema político está conformado por un conjunto de variables en interacción constante, también es, recordémoslo, un subsistema social investido de la función social de resolver “<los problemas sociales que los gobernantes abandonados a sí mismos no podrían resolver, ni tan siquiera intentarlo, sin poner en peligro la cohesión del grupo>”<sup>10</sup>. Esta amplitud del concepto de sistema en la que se encuentran una variedad de elementos, factores y variables, convierten al sistema político en un concepto que llega a abarcar al concepto de régimen.

El régimen político se caracteriza por ser una visión concreta del sistema político, pero entonces, ¿cómo se identifica dentro del sistema político esa visión concreta que denominamos régimen político?. Se ha reiterado que el sistema político es reducible a un conjunto de variables en interacción constante y dinámica, pero también lo es, como subsistema social investido de la función social de resolver los problemas sociales. Por lo tanto, es en este segundo elemento que se puede encontrar el régimen político en concreto. No es más que la solución que se da de hecho a los problemas políticos de un pueblo: a) como tal solución efectiva, el régimen puede coincidir o no con el sistema de soluciones establecido por el derecho fundamental, por la constitución; b) como tal solución política, un régimen podrá valorarse siempre con normas jurídicas y con criterios morales. En la solución a ese conflicto como parte de su función social, intervienen poderes oficiales y poderes fácticos en los que el régimen se detiene a estudiar para efectuar una caracterización de esa determinada realidad política<sup>11</sup>.

En otras palabras, el régimen es un procedimiento con un contenido jurídico – político y moral para la solución de los conflictos sociales y toma de decisiones políticas en una comunidad concreta en un momento histórico determinado en la que intervienen poderes oficiales o de hecho.

---

<sup>10</sup> S. Bernard, *Esquisse*. Op.cit. p. 581

<sup>11</sup> Manuel Jiménez de Parga, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 63.

Esta idea de régimen político es necesario enmarcarla históricamente y espacialmente, porque no siempre en el transcurso del tiempo se han tenido los mismos regímenes políticos, ni tampoco en el mundo se tiene el mismo régimen político. Por eso, cuando se habla de que un estado determinado posee un régimen político democrático, se hace porque ese estado cumple con ciertas categorías, elementos y valores, que lo llevan a distinguir como un estado democrático.

En cuanto a los poderes oficiales o de hecho, interactúan como variables políticas, moldeando bidireccionalmente “la concreta institucionalización de determinadas ideologías políticas”<sup>12</sup>. Lo anterior quiere decir que las instituciones<sup>13</sup>, objetivamente hablando, están imbuidas por una determinada ideología dominante<sup>14</sup>, ya que la mayor parte de las instituciones están fundadas, condicionadas y acuñadas, por esa ideología, obviamente la dominante. Estos poderes oficiales o de hecho van marcando la legitimidad que se institucionaliza, ya sea a través de las normas jurídicas concretas o influyendo en la realidad social, estableciendo un determinado tipo de orden social de cara a la solución de los conflictos sociales y para la toma de decisiones políticas.

Hechas las aclaraciones y matizaciones anteriores y analizando la conveniencia de la utilización de un concepto u otro (sistema o régimen político), será preferible para la investigación utilizar la categoría de sistema político. Este concepto permitirá analizar el problema planteado no sólo como método o procedimiento en la solución de los conflictos, sino, también, para el estudio de aquellas variables y factores intrínsecamente relacionadas entre sí, tales como la ideología, los intereses y valores que subyacen en las

---

<sup>12</sup> Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 30.

<sup>13</sup> Para Karl Lowenstein, “las instituciones son el aparato a través del cual se ejerce el poder en una sociedad organizada como Estado; las instituciones son, por lo tanto, todos los elementos o componentes de la maquinaria estatal, es decir, en nuestros días, el gobierno, el parlamento, los tribunales de justicia, la administración pública, la policía y los sistemas de valores que dan sentido a las instituciones y determinan su telos”. Ibid. Estos sistemas de valores que determinan su telos y que dan sentido a las instituciones es lo que se denomina ideología.

<sup>14</sup> El mismo Lowenstein define a la ideología como “un sistema cerrado de pensamiento y creencias que explican la actitud del hombre frente a la vida y su existencia en la sociedad, y que propugnen una determinada forma de conducta y acción que corresponde a dichos pensamientos y creencias, y que contribuye a realizarlos”. Karl Lowenstein, *Political Systems, Ideologies, and Institutions and Problem of their circulation*, en *Western Political Science Quarterly*, VI (1953), p. 691.



diferentes fuerzas políticas o poderes políticos institucionales y fácticos que intervienen en la solución de esos conflictos. También el sistema político permitirá analizar y estudiar el comportamiento de los gobernantes y el de los gobernados y sus recíprocos condicionamientos que van marcando los cambios institucionales; y por supuesto, los constitucionales que esas soluciones van produciendo según los intereses y valores de esos grupos sociales y políticos que conforman la realidad política objetiva. El concepto de sistema abarca las dimensiones estructurales y dinámicas tanto sociológicas, jurídicas y deontológicas, implícitas en el concepto de <política><sup>15</sup>. Pero abarca además como factor intrínseco, las actividades políticas ejercidas por los poderes de hecho que vienen a configurar también el régimen político como elemento del sistema político. En este sentido, el concepto de sistema político democrático abarcará los fenómenos antes indicados (psicología política, ciencia política y sociología). No se utilizará el de régimen ya que éste es parte y elemento del sistema político en su concepción concreta, es decir: el régimen político se reduce a uno de los elementos estructurales del sistema, al elemento institucional.

---

<sup>15</sup> Por política se entiende, en una de tantas definiciones, como “la actividad a través de la cual los grupos humanos toman decisiones colectivas” (ver Rod Hague, Martin Harrop and Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics: An Introduction*, MACMILLAN, London, 1993, p. 3.); estas actividades de los grupos para tomar decisiones colectivas pueden y son muy variadas (decisiones de tipo religioso, moral, seguridad, políticas), pero las que nos interesan son aquellas decisiones de tipo político, es decir aquellas que comportan una actividad política en relación con el Estado. En esta actividad política entra en juego el poder, como otro elemento de la política y del Estado, pues de la relación de los diferentes grupos o estructuras sociales, resultan un sin fin de acuerdos y conflictos que solo desde un sistema político democrático encuentra los mecanismos y procedimientos para ejecutar o mantener la decisión adoptada, llegando al consenso o la diferencia sobre la cuestión planteada. Lo que Max Weber llamaba “acción estratégica”, es decir, aquella en que el actor o los actores 1) definían el fin que quieren o les interesa alcanzar y 2) combina e instrumenta los medios que son necesarios o eficientes en la consecución de aquel fin (ver Max Weber, *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económica, México, 1994). Es así como el actor o los actores al tomar una decisión (como parte de su actividad política) afectarán o incidirán sobre la “voluntad y el comportamiento” de otros grupos o actores. A esto se le denomina poder político, “a la decisión política tomada por un grupo o grupos dentro de su actividad que tiene como término de referencia el Estado y que afectan de algún modo a otros grupos o actores” (Ver N. Bobbio, N. Mateucci, y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política*, Siglo veintiuno editores, México, 1983, p. 1215 – 1225). Este enfoque de lo político cristaliza en la consideración de la vida política como un proceso continuo y constante de acciones humanas en interacción, el que redundará en el concepto de democracia como sistema político, el cual implica como factor intrínseco del mismo, tanto los partidos políticos, como los grupos de presión.

## 1.2 Hechos y valores en la conceptualización de la democracia

Los teóricos de la democracia, como en otras teorías, han enfocado el fenómeno de la democracia desde corrientes distintas para conocer la problemática que están estudiando. En el tema de la democracia existen varias formas para abordar el problema de su significado, una de ellas es la división entre democracia empírica y democracia normativa. Esta es una de las formas adoptadas en este estudio para acercarnos al fenómeno político de la democracia, la cual se considera fundamental para los fines que se persiguen, ya que la democracia, como ser veré, no solamente se limita a los hechos de la realidad, sino que además existe un fuerte componente valorativo e ideal en su realización. En este sentido se definirá a continuación qué entendemos por estas dos vertientes para conocer el fenómeno antes indicado.

La democracia empírica, es conocida también como democracia descriptiva y la normativa como democracia prescriptiva.<sup>16</sup> Las que aluden al ser de la democracia y las que se refieren a lo que debería ser la democracia respectivamente. Son conceptos que en el fondo desarrollan por un lado la realidad fáctica de la democracia, lo que es y ha sido la democracia, y por otro lado, lo que debería ser la democracia, es decir, el deber ser democrático. La empírica – descriptiva se referirá al ser de la democracia, la cual puede ser abordada siguiendo los planteamientos hechos por el profesor italiano Giovanni Sartori, quien lo hace utilizando el realismo político.

Esta forma de conocer la Democracia, responde a la pregunta ¿qué es y como funciona la democracia?. Este enfoque persigue, “analizar cómo se manifiesta *de hecho* la democracia en una sociedad dada, su funcionamiento, sus instituciones, sus sujetos y actores, los comportamientos a ella asociados, los condicionamientos objetivos (económicos, sociales, etc.)... sobre los que opera”. Para los teóricos realistas lo que se pretende es “construir un concepto capaz de <reflejar> analíticamente lo que la democracia es de hecho”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia* 1.Op.cit. p. 25 – 27.

<sup>17</sup> Rafael del Aguila (editor), *La democracia*. Op.cit. p. 140.



En cambio la normativa – prescriptiva se referirá al deber ser, lo que debería ser la democracia, la que se podría ubicar como una corriente racional, idealista y valorativa. Esta ubicación se matizará más adelante, puesto que se debe interpretar bien para evitar errores en su conceptualización. Estas teorías democráticas se refieren al deber ser de la democracia, y responden a la pregunta ¿qué es lo que debería ser la democracia?, es decir, la deontología democrática. Este cuestionamiento se vincula al sistema de valores que encarna o que debería encarnar un sistema democrático. Parte de la idea racional de lo que se debe dar. Se trata de establecer los principios e ideales normativos a los que una democracia “debería ajustarse para merecer tal nombre”<sup>18</sup>.

En la práctica es más sencillo hablar de lo que una democracia debe ser de lo que la democracia es, aunque ambas corrientes tratan el tema desde posturas distintas, hay ocasiones en que es difícil ubicar una definición como empírica o como normativa, ya que algunos conceptos sobre la democracia conllevan tanto aspectos reales como aspectos prescriptivos. Son dos ámbitos que a simple vista ilustran dos caminos tangentes, pero que, como veremos más adelante, se unen y se deben unir. Para conocer mejor en qué consiste la democracia real o empírica acudiremos a ejemplificar al realismo político utilizando el aporte de tres autores que se han desenvuelto en este terreno: Joseph A. Schumpeter, Gaetano Mosca y Robert Michels<sup>19</sup>. No se trata de desarrollar la teoría por ellos expuestas, sino que la pretensión es conocer lo que ellos dijeron para tener más claro, con estos ejemplos, lo que significa hacer un análisis descriptivo de la realidad de la democracia.

---

<sup>18</sup> Rafael del Aguila (editor), *La democracia*. Op.cit. p. 140.

<sup>19</sup> Tomamos como ejemplo a estos autores por la siguiente razón: con respecto a Schumpeter, porque la teoría por él desarrollada no puedo menos que ubicarla dentro del realismo político, puesto que su método fue el empírico, describió una realidad y valoró más ésta que los mismos valores a los cuales él rechazó, idea y hechos no encuentran espacio en el pensamiento de Schumpeter. En cambio, Mosca y Michels, se han adoptado de la obra de Giovanni Sartori, obra ya citada, en la cual él nos dice: “los autores que han llegado, de alguna forma paradigmáticamente, a representar la escuela realista son Mosca, Pareto y Michels. Esta trinidad la propuso, James Burham, quien los consideró, simultáneamente, maquiavelistas y <<defensores de la libertad>>”... de allí las críticas a estos pensadores que los ubican como antidemócratas, por tanto vale la pregunta de Sartori al respecto ¿eran antidemócratas porque eran realistas? Y la cuestión adicional es: ¿deberíamos desechar su realismo por un sesgo antidemócrata?”ver Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia* 1. Op.cit. p. 71 – 72.

### **I.2.1 Democracia descriptiva: tres ejemplos**

Una de las funciones del realismo político es dar a conocer la base fáctica de la política, la cual es el ingrediente real de cualquier y de toda política. El realismo político o “descriptivismo”<sup>20</sup> tiene su lógica en la facticidad en el ejercicio de la política, no en la idea, tampoco se preocupa (como algo fundamental) por los valores. El realismo político puede ser conocido mejor a través de los ejemplos que se verán a continuación, los cuales han planteado sus propias teorías utilizando como base la observación, el análisis, y la crítica, sus aportes han sido ubicados dentro de las teorías llamadas elitistas de la democracia.

Los conceptos aportados por estos autores serán útiles para comprender, interpretar o explicar, por un lado, lo que es una democracia desde posiciones que pueden ser ubicadas dentro de la democracia descriptiva. El estudio de estas teorías permitirá tener un conocimiento sobre tres variables del sistema político: la primera variable que se estudiará con Schumpeter, es su teoría sobre la competencia política, es decir, en un régimen democrático –según Schumpeter- lo que se presenta es la lucha por el poder en un marco competitivo; la segunda variable, es la de los partidos políticos, es decir, quiénes son los que compiten en esa lucha por el poder; desde esta perspectiva están los partidos políticos –dirá Mosca- como instituciones o mecanismos de participación en esa competencia por el poder; la tercera variable, la constituirían los miembros de los partidos políticos, es decir, por quiénes y cómo están conformados los partidos políticos, cuál es el juego interno que hay en ellos, para esto es que utilizaremos el estudio de Robert Michels, quien nos describe cual es el juego político por el poder dentro de los partidos políticos.

Los análisis propuestos no están libres de críticas, incluso han sido llamados antidemócratas por sus posiciones doctrinales. Sartori atribuye esta situación a su “mal realismo”, es decir, que “en la medida en que su realismo era verdaderamente cognoscitivo, no estaban a favor ni en contra de nadie, investigaron y descubrieron <<leyes>> que todavía estamos discutiendo, reformulando y comprobando. El error de estos autores, afirma Sartori, “fue sostener o suponer que la realidad contradice la

---

<sup>20</sup> Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*. Op.cit. p. 67

democracia. Pero la teoría de la democracia incurre en el mismo error cuando mantiene o presume que la democracia rechaza el realismo.”<sup>21</sup>

Hechas las aclaraciones anteriores, es necesario, por tanto, entrar a conocer el realismo desde estas tres posturas: la de Schumpeter, Mosca y Michels. No debemos olvidar que la pretensión que se persigue es conocer la democracia, en este momento, desde la postura empírica para luego abordar la normativa. Ambas categorías de análisis en la práctica política no deben y no deberían estar divorciadas.

#### 1.2.1.1. *La visión competitiva de Schumpeter*

La democracia –dentro de la visión competitiva- es un método o procedimiento en el cual se van a seleccionar a aquellos dirigentes políticos que tomarán las decisiones que afectarán al pueblo, sobre la base de la competencia tal como sucede en el mercado. En palabras de Schumpeter: “método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”.

El voto es el instrumento fundamental del pueblo que sirve para disolver el gobierno negándose a reelegirlo o negándose a reelegir la mayoría parlamentaria que lo apoya. La visión elitista, en este caso, se apoya en la idea del “líder”, ya que los líderes son los verdaderos formadores de la “voluntad general” como voluntad fabricada, no se niega la existencia de voluntades grupales pero éstas “permanecen latentes con frecuencia por espacio de décadas, hasta que son llamadas a la vida por algún “líder” político que los convierte entonces en factores políticos”<sup>22</sup>. La pretensión de Schumpeter es ante todo explicar cómo se comportan los líderes políticos y los votantes y cómo se influyen los unos a los otros<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*. Op.cit. p. 67 y p. 74

<sup>22</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Unwin Paperbacks, London, 1987, versión en español, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar S.A., Madrid, 1968, p.p. 343. y 345

<sup>23</sup> David Held, *Modelos de democracia*, versión española de Teresa Alberó, Alianza Universidad, Madrid, 1996. p. 199

La vida democrática, era la lucha entre líderes políticos rivales para lograr el mandato del gobierno, estos líderes organizados en partidos políticos, van a la búsqueda del voto de los gobernados. Como lo diría Schumpeter: en la “democracia... la función primaria del voto del electorado es crear un gobierno... crear un gobierno significa prácticamente decidir quien debe ser el hombre que lo acaudille”<sup>24</sup>.

Schumpeter afirma que la democracia no significa y no puede significar que el pueblo gobierne realmente en cualquier sentido manifiesto de pueblo y gobernar. Democracia significa que el pueblo tiene la oportunidad de aceptar o rechazar a las personas que pueden gobernarle. Ahora bien, un aspecto de esto puede expresarse diciendo que la democracia es el gobierno del político<sup>25</sup>.

Esta concepción acerca de la democracia está influenciada por diversos factores en el ámbito intelectual, por una parte, las ideas provenientes de Weber en temas sobre la democracia, la organización de los partidos y la burocracia. Por otra parte, las experiencias democráticas después de la II guerra mundial, tomando como ejemplo las de Gran Bretaña y Estados Unidos, como “concepción más realista de los sistemas democráticos”.

La experiencia teórica y práctica llevó a Schumpeter a desarrollar un modelo de democracia realista fundamentada empíricamente a la cual se le ha denominado, entre otras, la teoría competitiva de la democracia<sup>26</sup>.

En conclusión hay que resaltar de Shumpeter tres factores que se consideran importantes desde el realismo político: el primero es la competencia electoral, el segundo la elite

---

<sup>24</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*. Op.cit. p.343

<sup>25</sup> Schumpeter reconocía que los individuos podían ser activos en los reinos del consumo y de la vida privada, pero llegó casi a negar la existencia de esa capacidad en la esfera de la política. Esta posición es distinta a la idea central de toda la tradición liberal, ya que esta noción ubica a los seres humanos como “individuos” que pueden ser ciudadanos activos de su orden político y no meros sujetos del poder de otros. Véase a David Held, *Modelos de democracia*. Op.cit. p. 217

<sup>26</sup> David Held, *Modelos de democracia*. Op.cit. p. 199 - 200.

dirigente (los hombres que tienen que decidir)<sup>27</sup> y el tercer aspecto, es la desvinculación de los valores.

Con respecto a la desvinculación de los valores hay que matizarlo para desarrollar un poco más esta idea. La filosofía de la democracia del s. XVIII, Schumpeter la resumía de la siguiente manera: “el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por si mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad”. A esta filosofía Schumpeter refuta diciendo que “en primer lugar no hay tal bien común, unívocamente determinado, en el que todo el mundo pueda estar de acuerdo o pueda hacérsela estar de acuerdo en virtud de una argumentación racional. Esto no se debe primordialmente al hecho de que algunos puedan querer cosas distintas del bien común, sino al hecho mucho más fundamental de que, para los distintos individuos y grupos, el bien común ha de significar necesariamente cosas diferentes”<sup>28</sup>.

Schumpeter al igual que los otros autores que veremos adelante, desarrollan su teoría procedimental basada empíricamente en la realidad, su pretensión era dar cuenta del funcionamiento de las democracias reales describiendo cómo funciona la democracia. Quería producir una teoría que fuera, en sus palabras, “mucho más fiel a la realidad” que los modelos existentes, pero tomando como parámetro un aspecto de la misma, limitado por cierto, circunscribiéndola en los factores de producción del proceso global de la democracia, separando desde luego lo racional y lo valorativo que son partes importantes de otras concepciones de la democracia<sup>29</sup>. Es decir, la génesis del proceso democrático se da, en términos de Schumpeter, en la “elección”; pero esta definición no llega a sus

---

<sup>27</sup> Es necesario aclarar que Schumpeter no emplea el concepto de elites, porque no está interesado en las características de los representantes y no hace referencia a Mosca o a Pareto, pero aun así a este autor se le ubica dentro de la teoría elitista. Ver Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*, versión de Fernando Vallespín, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 200

<sup>28</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*. Op.cit. p. 321 y 322.

<sup>29</sup> En este sentido los factores de producción del proceso global de la de democracia son referidos al momento de la elección, el voto, reduciéndolo a esto y dejando de lado principios y valores que constituyen la democracia, tales como la libertad, la igualdad, etc. Con respecto a lo racional, se refiere Schumpeter a que la aplicación de una actitud racional y calculadora a todos los sectores de la vida tendría enormes consecuencias para la naturaleza de la sociedad moderna. Ver Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*. Op.cit. p. 197.

últimas consecuencias que serían “los otros factores del régimen democrático”, es decir, el producto final de esos factores de producción.

#### 1.2.1.2. *La clase política en Mosca*

El segundo autor que se estudiará es “Gaetano Mosca”. Él aborda el fenómeno de la democracia desde la observación práctica de la vida política, con relación al juego del poder y al grupo o grupos dirigentes a los cuales denominó “clase política”.

Para conocer el pensamiento de Gaetano Mosca utilizaremos como base su obra “La clase política”. En ella describe lo que él considera la realidad política de una sociedad. Para mejor ilustración se cita un párrafo de su obra:

“Entre las tendencias y los hechos constantes que se encuentran en todos los organismos políticos, aparece uno cuya evidencia se le impone fácilmente a todo observador: en todas las sociedades, empezando por las medianamente desarrolladas, que apenas han llegado a los preámbulos de la civilización, hasta las más cultas y fuertes, existen dos clases de personas: la de los gobernantes y la de los gobernados. La primera, que es siempre la menos numerosa, desempeña todas las funciones políticas, monopoliza el poder y disfruta de las ventajas que van unidas a él. En tanto, la segunda, más numerosa, es dirigida y regulada por la primera de una manera más o menos legal, o bien de un modo más o menos arbitrario y violento, y a ella le suministra, cuando menos aparentemente, los medios materiales de subsistencia y los indispensables para la vitalidad del organismo político.”

La clase política no sólo determina la forma de gobierno sino incluso el grado de civilización de los pueblos. La clase gobernante es la clase política. Ésta se encuentra presente incluso allí donde pareciera que uno solo es el que gobierna (por ejemplo en las monarquías) y allí donde las masas destronarían a la clase dirigente, a lo que Mosca añade: “aparecería necesariamente en el seno de la masa misma... otra minoría organizada que pasaría a desempeñar el oficio de dicha clase”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Gaetano Mosca, *La clase política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 106 y 108.



Contrario a la teoría de Rousseau, Mosca rechaza el principio de la soberanía del pueblo<sup>31</sup>. Para él, “la fuerza de cualquier minoría es irresistible frente a cada individuo de la mayoría, que se encuentre solo ante la totalidad de la minoría organizada”; “cuanto más vasta es una comunidad política, tanto menor puede ser la proporción de la minoría gobernante con respecto a la mayoría gobernada, y tanto más difícil le resultará a ésta organizarse para actuar contra aquélla”. Finalmente, la clase política es superior a la mayoría, está formada por individuos que se distinguen de la masa, por “cualidades que les otorgan cierta superioridad material e intelectual, y hasta moral”. Aunque no compartamos estas características desarrolladas por Mosca a la clase política, constituyen un ejemplo claro y una guía para su estudio empírico.

El método de Mosca, el empírico, que a través de la observación extrae sus conclusiones de la realidad política, obtiene una que parece interesante, y es que la riqueza produce poder o que “basta ser rico para convertirse en poderoso”. Aunque su observación no se basó en América Latina, si lo hizo en los Estados Unidos, de la cual obtiene la siguiente conclusión: “hay cierta repugnancia de los ricos a dedicarse a la vida pública, así como hay cierta repugnancia de los pobres a elegir a los ricos para los cargos electivos. Esto no impide que un rico sea siempre mucho más influyente que un pobre, porque puede pagar a los politicastros venales que disponen de las administraciones públicas; no impide que las elecciones se hagan a fuerza de dólares; que parlamentos locales enteros y numerosas fracciones del Congreso sean sensibles a la influencia de las poderosas compañías ferroviarias y de los grandes señores de las finanzas. Y hay quien asegura que, en varios estados de la Unión, el que tenga mucho más dinero para gastar puede hasta darse el lujo de matar a un hombre con la casi seguridad de quedar impune”.

Otro fenómeno en el cual hace hincapié Mosca es en el que las creencias religiosas tienen mucha fuerza en la clase dirigente. “No es raro –dice Mosca- encontrar allí que los

---

<sup>31</sup> Efectivamente para Rousseau la soberanía es la voluntad general que tiene su justificación en el bien común, pues como dirá él mismo, “la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de esos mismos intereses es lo que ha hecho posible su existencia”, y afirma más adelante, “no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo...” Véase Jean – Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Edicomunicación, Barcelona, 1999, p. 47

sacerdotes además de cumplir con los oficios religiosos posean también conocimientos jurídicos y científicos que les hagan pertenecer a la clase gobernante”.

Hay sociedades en las que la clase gobernante constituye más bien una casta donde “el nacimiento es el único criterio que determina el ingreso a dicha clase o la exclusión de la misma”. Es interesante que Mosca identifique una cierta fuerza que hace que la clase política se mantenga en el poder: “todas las clases políticas tienen la tendencia a volverse hereditarias, si no de derecho, al menos de hecho... Aún cuando los grados académicos, la cultura científica, las aptitudes especiales probadas por medio de exámenes y concursos abren las puertas a los cargos públicos, no desaparecen las ventajas especiales a favor de algunos, que los franceses definen como las ventajas de las posiciones adquiridas”. El buscar perpetuarse en el poder hace que “la clase gobernante tienda a justificar su poder de hecho, apoyándose en un principio moral de orden general”<sup>32</sup>. En las democracias este principio moral lo constituye la voluntad popular expresada en el voto. Pero hay que darse cuenta que, siguiendo la lógica argumentativa de Mosca, el voto se convierte en el instrumento para la justificación de la continuidad de la clase política. Por tanto, si el voto constituye el principio moral de la continuidad en el poder, expresada en la voluntad general, cualquier expresión de esta voluntad general en apoyo a esta concreta clase política en el poder, dará como válida y legítima, cualquier acción desde el poder, la cual será moralmente válida. Tal razonamiento, por supuesto, es falso, puesto que como veremos más adelante los principios y valores sobre los cuales se sustenta la democracia son otros.

Pero la clase política también sufre cambios en su interior, cuando ya no pueden ejercer las cualidades mediante las cuales llegaron al poder, por razones del ambiente social que ha cambiado, o porque otra clase social asumió mejor esas cualidades y exigencias sociales. En cuanto a la toma de posición de las nuevas clases dirigentes, surgidas de cambios al interior de la clase política, basta con que se dé la calma, para que los que forman esa nueva clase política, vayan adquiriendo espíritu de cuerpo y de exclusivismo; aprendan el arte de monopolizar en su beneficio las calidades y las actitudes necesarias para llegar al poder y conservarlo.

---

<sup>32</sup> Gaetano Mosca, *La clase política*. Op.cit. p.p. 110, 115, 116 y 121.

La única forma en que la clase política puede ser vencida y destruida, para Mosca, es por las invasiones extranjeras que impongan en su sitio nuevos estratos sociales expresados en nuevas fuerzas políticas.

Esta es la dinámica en que se mueve la política para Mosca, la clase política constituye el punto de equilibrio de la realidad objetiva en el juego por el poder, y las cualidades antes descritas son las que caracterizan y en la que se resumen las democracias para él.

### *1.2.1.3. Las tendencias oligárquicas en los partidos políticos*

*por Robert Michels*

Otro autor que se estudiará para seguir ejemplificando lo que ha sido la democracia descriptiva, los hechos y la realidad fáctica de la política, es Robert Michels, y se hará mencionando algunos aspectos de su obra: "Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna".

El conocimiento de su obra permitirá, al menos como hipótesis en casos concretos, descifrar lo que en el fondo se advierte sobre las intenciones de los políticos. Los políticos, para Michels, justifican éticamente su lucha social en la apelación al interés general, al bien del pueblo, lo cual, en el fondo, dichas acciones no son necesariamente verdaderas. Se trata de una estrategia, y en ésta caen conservadores, liberales y socialistas.

El citado autor dice literalmente que "... en la vida moderna de las clases y de las naciones, las consideraciones morales han llegado a ser un accesorio, una ficción necesaria. Todos los gobiernos se empeñan en apoyar su fuerza con un principio ético-general. Las formas políticas en que cristalizan los diversos movimientos sociales también adoptan alguna máscara filantrópica. No falta en ninguno de los jóvenes partidos clasistas la declaración solemne al mundo entero, antes de iniciar la marcha por la conquista del poder, de que su propósito es redimir, no tanto a ellos mismos sino a la humanidad entera, del yugo de una minoría tiránica, y sustituir el régimen viejo e injusto por un nuevo reino de la justicia".

Siguiendo la lógica planteada por Michels, las organizaciones políticas que llegan al poder apoyados por la masa luego se separan de ella, se convierten en independientes y toman su control, convirtiéndose en una minoría de directivos y en una mayoría de dirigidos. Es decir, entre mayor es la organización porcentualmente hablando, mayor es el poder del liderazgo; esto tiene su explicación en dos factores: en primer lugar, las masas muestran una indiferencia política a su dirigencia pero una necesidad de guía, y en segundo lugar, es un elemento moral muy fuerte que contribuye a la supremacía del líder, y es la gratitud que experimenta la multitud hacia quienes hablan o escriben en su defensa.

Los líderes dentro de las organizaciones políticas también tienen conflictos entre las cúpulas partidarias; por un lado, se encuentra la estabilidad de los líderes y el futuro de la democracia, y por otro, la realidad de los líderes históricos. Para Michels, la prolongada retención de los cargos puede constituir un peligro para las democracias, ya que cuanto más prolongada es la retención del cargo, mayor es la influencia del líder sobre la masa y mayor su independencia. Por tal razón, es que se regula jurídicamente la repetición frecuente de elecciones como precaución elemental contra el virus de la oligarquía. Pero en realidad, como ya se apuntó, “el liderazgo es retenido indefinidamente, no por la expresión tangible de las relaciones entre las fuerzas que existen en el partido en un momento determinado, sino que simplemente porque ya está constituido. A menudo los líderes son confirmados en su cargo todo el tiempo que ellos mismos lo quieran, por una pereza gregaria o, si podemos emplear el eufemismo, en virtud de la ley de la inercia”.

Para explicar la estabilidad de los liderazgos en las organizaciones partidistas hay que referirse al sentimiento de lealtad que existe entre la masa hacia los líderes “probados”, los líderes históricos. En palabras de Michels, “dejar de reelegir a un camarada que ha ayudado al nacimiento del partido, que ha sufrido muchas de sus adversidades con él, y ha prestado mil servicios, sería una crueldad y una acción condenable... a quien la colectividad prefiere sobre todos los otros no es tanto al camarada merecedor, sino al probado y experto, cuya colaboración no debe interrumpirse por ninguna razón”. Otra explicación sobre el mantenimiento del líder al frente de la organización política, es que según explica Michels, este fenómeno tiene sus causas estructurales, ya que por la “división del trabajo prevalece hay necesariamente especialización, y los especialistas se hacen indispensables”. Esta especialización nace de la experiencia y del tiempo en que el político hace su trabajo; además el funcionario debe sentir que no se le va a quitar de su

cargo, por razones técnicas y psicológicas, las cuales son decisiones prácticas aunque a veces muy poco democráticas.

Muchos más son los aspectos que describe Michels sobre las democracias reales, entre las que destacan, la creación de cargos que no han estado sujetos a elección popular con los cuales se rodean los líderes; la utilización de fondos privados para evitar la sustitución de la “vieja guardia” por los nuevos líderes; la prensa constituye un medio eficaz para popularizar a los líderes y sus programas y desvirtuar a los otros; la unión o desunión de los partidos políticos tiene su base en los intereses de los líderes, lo cual no escapa al círculo que rodea al grupo de los líderes o a la comprensión limitada de la masa.

Es interesante la explicación de Michels sobre las dos oportunidades en las cuales se puede forzar a la organización hasta el punto de la ruptura, en relación a la lucha entre los líderes: “en la primera puede ocurrir esto cuando los líderes de una de las dos facciones tienen una fe profunda en sus propias ideas, y están caracterizados, a un tiempo, por fanatismos táctico e irreconciliabilidad teórica, o –en otras palabras- cuando las razones objetivas de los líderes y de sus adversarios aparecen con fuerza desacostumbrada y son profesadas con sinceridad insólita. En la segunda circunstancia puede ocurrir cuando una de las partes, por dignidad ofendida o susceptibilidad razonable, se encuentra ante la imposibilidad psicológica de continuar viviendo junto a la otra, y de seguir manteniendo una lucha continua por el poder sobre las masas, dentro de los límites de la misma organización. Entonces el partido se divide en dos organismos diferentes, y en cada uno de ellos se renuevan los fenómenos oligárquicos que venimos describiendo”<sup>33</sup>.

Es necesario tomar en cuenta la descripción de Michels, pero sin perder de vista que su aporte se hace analizando a una organización en concreto dentro del entramado político (el partido político)<sup>34</sup> que se encuentra inmersa en una realidad concreta, la cual puede ser democrática o no.

---

<sup>33</sup> Robert Michels, *Political parties. A sociological Study of the Oligarchical Tendencies of the Modern Democracy*, The Crowell – Collier Publishing company, 1962, versión en español, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna (vol. 1)*, traducción de Enrique Molina de Vedia, Amorrortu, Buenos Aires, 1969, p. 60. p. 207. 142 – 186. 139. 103, 136

<sup>34</sup> No debe olvidarse tampoco que su estudio se basó en el partido social demócrata alemán anterior a 1914.

#### 1.2.1.4. Críticas al descriptivismo – realismo radical o extremo

Retomando lo dicho por Schumpeter, Mosca y Michels, se puede decir, resumiendo, que sus afirmaciones realistas sobre los fenómenos estudiados parten principalmente de que la dirección de los gobiernos y de los partidos políticos está formada por elites, ya sea de grupos de poder o, dentro de estos grupos de poder, por líderes. Por otra parte, las luchas por el poder y el mantenimiento del mismo son realizadas por organizaciones de partidos políticos, dentro de los cuales existe una lucha interna por conseguir y mantener el poder. Michels denomina a esta realidad: “la ley de hierro de la oligarquía”. Visto en general, dentro de una nación determinada, la lucha por el poder se realiza por medio de los partidos políticos en una competencia por alcanzar el poder o por su mantenimiento. El voto se constituye como el instrumento para alcanzar ese poder, por lo que la sociedad se divide en gobernantes y gobernados. El uso de los medios de comunicación social como herramienta política de intereses, la marginalidad en que se encuentra la masa con respecto a las decisiones políticas y el desconocimiento o falta de formación, información o cultura para la participación, son elementos que caracterizan a la democracia concebida dentro de las teorías competitivas y elitistas. Se debe hacer notar el hecho que el denominador común de estos teóricos se encuentra en la separación entre hechos y valores e ideales, tales como la libertad, igualdad, y el pluralismo. Y aunque se hayan referido a dichos valores, lo hacen desde su concepción propia descriptiva y no crítica o ideal<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Desde la postura que se está utilizando en este estudio, es importante tener claro cual es la concepción de ideal que se manejará, por tal razón es que se adopta como criterio el utilizado por el profesor italiano Giovanni Sartori que dice: “Los ideales nacen de nuestra insatisfacción con la realidad y representan, en su origen, una *reacción* frente a lo que es (ciertamente, los ideales pueden ocultar y camuflar la realidad, pero no en el momento genético que estoy considerando. Nota al pie de página). Si es así, los ideales pueden ser definidos como imágenes de un estado de cosas deseado o deseable, que nunca coincide –por definición– con el estado de cosas existente. De su etiología cabe inferir, igualmente, que los ideales se contraponen y/o combaten la realidad. Es decir, los ideales son compañeros de las vicisitudes de la historia, siempre presentes en su condición de elemento de contrapeso, adversario e inconforme”. El mismo autor dice mas adelante: “mi argumento es que los ideales no se construyen para ser literalmente convertidos en hechos, sino para poner en cuestión los hechos; y si no se entiende así, en último término los ideales acaban negándose a sí mismos”. Ver Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*. Op.cit. p. 96 - 97 y 113. En principio se está de acuerdo con esta definición, no obstante no se cierra a la idea de que los ideales se puedan convertir a través de la praxis en hechos reales, tal como ha sucedido con la democracia en países que la han alcanzado cuando antes existía otro sistema político no democrático, en los cuales la democracia era un ideal. No obstante en estos países el ideal se ha administrado de otra forma, en el caso de estos países que viven democracias estables, se busca cada vez más que sean más democráticos.

Es necesario, por tanto, volver la mirada a la idea principal que motivó el conocimiento de estos autores en el ámbito de la democracia descriptiva o empírica. Hay que recordar un poco: el conocimiento de los aportes de estos autores se hizo con la idea de ejemplificar, por un lado, el aporte del realismo político a la democracia, el cual se ha hecho tomando en cuenta este realismo desde una perspectiva *cognoscitiva*, es decir, plantear los problemas desde una perspectiva práctica basada en el apego a los hechos, y por otro, confrontar ésta con lo que es la visión prescriptiva y valorativa de la democracia que se funda básicamente en valores, ideas y principios.

Matizando un poco la visión realista de estos autores, se puede decir, que este realismo no toma partido en contra de una visión ideal de la democracia, más bien sus conclusiones<sup>36</sup> las han alcanzado utilizando el método empírico de la observación, partiendo de sus hipótesis a la prueba de las mismas, son hechos de la realidad política a secas, tal como se acaba de explicar, utilizando el realismo cognoscitivo.

No se debe olvidar, además, haciendo un poco de historia, que esta forma de ver la política se le debe a Nicolás de Maquiavelo con su verdad efectiva. Maquiavelo, dentro de su pragmatismo político, supo observar y llevar a la práctica, desde su idea lograr la unidad del estado nación italiana, una política eficaz para la consecución de este fin. Separó la moral de la política, no para identificar a la política como no moral, sino simplemente para establecer un marco fáctico de lo que debería ser la política, sin entrar en un discurso moralista sobre cómo debería ser el ejercicio del poder de la autoridad en el juego político.

---

<sup>36</sup> Schumpeter, Mosca, Michels, partieron de la observación al describir la realidad desde tres visiones distintas y desde sus experiencias personales, por tal razón se han relatado algunos de sus planteamientos para caer en la cuenta que ellos describieron la democracia tal como ellos la observaron. Schumpeter lo hizo observando de qué manera los líderes políticos luchan por el voto (como en el mercado) para alcanzar el poder, tal como los hombres de negocio comercian con el petróleo, los políticos comercian con el voto. Mosca por el contrario ayuda a aclarar el concepto de clase política como clase gobernante y describe cuáles son sus características. Finalmente Michels, su aporte muestra lo que son las luchas internas y las realidades dentro de los partidos políticos. Entre estas definiciones encontramos la lucha de las élites por el poder, y como se dijo anteriormente sobre el uso del concepto de sistema político, uno de los elementos fundamentales es el poder, por lo que es importante entender el manejo que se hace del mismo dentro de las estructuras de las sociedades en su contexto concreto.

Estas posiciones han sido criticadas como antidemócratas, tal y como se dijo en un principio. Una de las críticas de los detractores de las teorías de Schumpeter dice que la definición dada por éste convierte a la democracia representativa en algo diferente del gobierno indirecto del pueblo; por este motivo ha sido clasificado de elitista, en su sentido opuesto a democrático. Los partidarios del gobierno del pueblo consideran que una concepción que reduce la democracia representativa a la competición por conseguir votos no es democrática. Otra crítica, entre muchas, es la realizada por Bernard Manin, quien opina que Schumpeter “no logró captar la importancia central de la anticipación en la toma de decisiones de los representantes por creer erróneamente que la democracia representativa podía reducirse a la selección competitiva de los que toman decisiones, y que podía despachar como mito la idea de los votantes influyendo sobre el contenido de las decisiones públicas”. Esta crítica de Manin viene de su idea de que en “un sistema representativo, si los ciudadanos desean influir sobre el rumbo de las decisiones públicas, deben votar sobre la base de consideraciones retrospectivas”, no incluye –dirá Manin– “el hecho empírico de que la competencia electoral es periódica”<sup>37</sup>. Se agregaría, a las críticas anteriores, que la lógica de la competencia no parte únicamente de los partidos políticos hacia el electorado, sino que por el contrario, los individuos son seres pensantes capaces de realizar un análisis desde sus particulares posturas, en este aspecto David Held es claro.

Este autor realiza una crítica más generalizada del aporte de Schumpeter. Parte de tres críticas básicas<sup>38</sup>, aunque solo se mencionará una (que se considera fundamental) que no se encuentra en las tres anteriores, pero sí se relaciona con ellas, se refiere a los valores que subyacen en toda democracia. Held plantea que la crítica a la “democracia clásica” hecha por Schumpeter reside en una <<equivocación categórica>> ya que: “la evidencia empírica sobre la naturaleza de las democracias contemporáneas puede tomarse sencillamente como la base para refutar los ideales de igualdad política y participativa”.

---

<sup>37</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 200, 216, 220, 221.

<sup>38</sup> La primera crítica se refiere a que Schumpeter hace una crítica al modelo de teoría clásica; David Held responde que no hay una teoría clásica sino que existen “muchos modelos clásicos” de democracia. La segunda crítica es con respecto a la globalidad que se le quiere dar a la propuesta de convertir los parámetros que Schumpeter describe como democráticos en parámetros universales, dejando de lado otros elementos no reales de la democracia. Finalmente, la tercera crítica enumerada por Held es que el modelo de liderazgo planteado por Schumpeter no agota todos los modelos, ya que no observó otras experiencias de participación y de organización política. Ver David Held.. *Modelos de democracia*. p. 216



Nos sigue diciendo más adelante que “el ataque de Schumpeter a <<la herencia clásica>> suponía casi un ataque explícito a la idea misma del agente humano individual, una idea que se encuentra en el corazón del pensamiento liberal de finales del siglo XVI”; el planteamiento central -nos dice Held- de toda la tradición liberal es “la noción de los seres humanos como <<individuos>>, que pueden ser ciudadanos activos de su orden político y no meros sujetos del poder de otros. El liberalismo desarrolla como postulados una teoría de la política y del Estado, en muchos es una crítica (liberal) de la política y del Estado, que condena la violencia y la falta de libertad. Nicola Matteucci resalta este elemento de la libertad del individuo de la siguiente manera: “Para definir el liberalismo se puede repetir con Constant: <<Libertad en todo, en religión, en filosofía, en literatura, en industria, en política>>, uniendo esta libertad para el triunfo de la individualidad otra para el triunfo de una individualidad distinta, la de la nación”...”se toma conciencia de que la libertad es el valor supremo de la vida individual y social, sino porque la libertad es la categoría que crea y desarrolla toda una serie de comportamientos políticos y sociales entre sí íntimamente ligados”.<sup>39</sup>

La anterior crítica se entrelaza con lo dicho por Manin, en cuanto a que, en definitiva, los seres humanos como individuos tienen la capacidad de realizar una valoración (individual no masificada) del que hacer político de sus gobernantes a partir de análisis retrospectivos (que parten de sus intereses y valores formados o no, por los medios de comunicación e información), lo que le da un carácter activo a la persona y no como simples agentes al servicio de la maquinaria electoral. Si así fuera la democracia no tendría sentido.

En general, en la crítica que diferentes autores hacen a estas posiciones (Schumpeter, Michels, Mosca, incluso a Pareto y Croce, estos últimos no fueron ejemplificados en este estudio) sostienen o suponen que la realidad contradice a la democracia, es decir, que el mundo real no puede ser acompañado por un mundo de ideas, valores, de lo racional. Giovanni Sartori critica esa opinión argumentando: “no se dieron cuenta que una opción valorativa es independiente, y no significa, en modo alguno, una extrapolación de una situación *de facto*”... “la inclinación antidemócrata debe atribuirse a su <<mal

---

<sup>39</sup> La decisión política de los individuos se basa, en la democracia en su concepción liberal, fundamentalmente en la libertad de los individuos. Véase a Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, presentación de Bartolomé Clavero, Editorial Trotta, Madrid, 1988, p. 264

realismo>>”...“en la medida en que su realismo era verdaderamente cognoscitivo, no estaban a favor ni en contra de nadie; investigaron y descubrieron <<leyes>> que todavía estamos discutiendo, reformulando y comprobando”.

Tomando en cuenta las críticas que se hacen a estas posiciones no es dable en este momento concluir sobre la democracia utilizando sólo la base descriptiva o empírica, ya que ésta se basa también en ideales, principios, normas, y valores que la sustentan. Para concluir esta parte del estudio, se puede afirmar categórica y sencillamente, que la democracia, desde esta perspectiva empírica es naturalmente realista, pero la cual debe ser analizada y vista desde las realidades concretas de los diferentes países, para evitar caer en una generalización simplista.

### **1.2.2 Democracia prescriptiva o normativa: valores que subyacen en la democracia**

Esta forma de democracia distinta de la democracia descriptiva encierra en sí misma valores que subyacen en su desarrollo como concepto. En este sentido, como se ha dicho, la democracia descriptiva alude a los hechos, es decir, a realidades fácticas comprobables a través del método empírico, describiendo lo que es o ha sido la democracia sin entrar en los aspectos valorativos e ideales que pretende. Este aspecto valorativo, que se desarrollará a continuación como la otra cara de la moneda, nos dará elementos suficientes para poder hacer un buen análisis de la democracia.

Se ha dicho que la democracia prescriptiva alude al deber ser de la democracia, o dicho de otra forma, lo que debería ser la democracia; por tanto, es menester referirse al sistema de valores e ideas que circundan el tema de la democracia, para que desde esta posición, se pueda conformar un concepto de democracia que incluya los valores como ideales y no se reduzca la visión a los hechos de la realidad fáctica que muchas veces provocan desaliento en el momento de tratar este fenómeno.

Es necesario mencionar que muchos son los valores que subyacen en el tema de la democracia; nombrarlos y explicarlos llevaría mucho tiempo; además, no se pretende

realizar una exégesis de los valores democráticos, sino únicamente mencionar los que para los objetivos de este estudio son relevantes.

#### 1.2.2.1. Los valores democráticos desde la antigua Grecia

Desde los principios del desarrollo de la democracia en Atenas, se sitúan los ideales y los valores como fundamentos de la misma. En la oración fúnebre de Pericles, referida por Tucídides se exalta, en primer lugar, la democracia en la que los ciudadanos, de acuerdo a las leyes, se encuentran en "igualdad de derechos en las disensiones particulares"; el primer valor que se manifiesta en la oración, es la igualdad, pero la misma no va sola, sino, que la acompaña también, la libertad; el mismo Pericles lo dice: "Gobernamos liberalmente lo relativo a la comunidad, y respecto a la suspicacia recíproca referente a las cuestiones de cada día..."<sup>40</sup>.

La igualdad y la libertad son valores intrínsecos al ser ciudadano ateniense, lo cual implicaba para ellos que lo público primaba sobre lo privado. La dignidad del Ateniense era ser ciudadano, lo cual se "caracterizaba por un compromiso generalizado con el principio de la virtud cívica: la dedicación a la ciudad – estado republicana".

Estas mismas virtudes están explícitas en Aristóteles cuando afirma que en "el fundamento del régimen democrático es la libertad la que es considerada como un rasgo esencial"<sup>41</sup>. Pero no la libertad sola, sino la libertad con la igualdad, las cuales van unidas inextricablemente; en este sentido hay dos criterios de libertad: el ser gobernado y gobernar por turnos, y el vivir como se quiere. En el primer caso, si no se toma en cuenta la igualdad numérica, la mayoría no tendría soberanía para gobernar, ya que: a) la participación se remunera de tal forma que los individuos no se ven perjudicados como resultado de su participación política; b) todos los votos tienen el mismo peso, y c) en principio todos tienen las mismas posibilidades de acceder a un cargo público. De esta manera la igualdad es el fundamento práctico de la libertad, pero también es su

---

<sup>40</sup> Tucídides, *Historia de la guerra del peloponeso*, introducción y notas del Antonio Guzmán Guerra, Alianza editorial, 1989, p. 156.

<sup>41</sup> David Held, *Modelos de democracia*. Op.cit. p. 32

fundamento moral, “ya que la creencia de que todos deben participar por igual en el gobierno, justifica el primer criterio de libertad (<<ser gobernados y gobernar por turnos>>).

El otro aspecto que cuestionaba y criticaba Aristóteles a la democracia de su época, era entre otras cosas, que la igualdad puede entrar en conflicto con la libertad, cuando se refiere “al vivir como se quiere”. En este sentido, el demócrata sostiene que deben existir ciertos límites en la elección si no se quiere que la libertad de un ciudadano interfiera injustamente en la libertad de otro. Lo importante es que “cada ciudadano tenga la oportunidad de <<ser gobernado y gobernar por turnos>>. Los riesgos asociados con la igualdad podrán minimizarse y, por lo tanto, podrán cumplirse ambos criterios de libertad. De acuerdo con Aristóteles, la democracia clásica implica libertad, y la libertad implica igualdad”, y comenta Held, “una cuestión que le llevó a expresar serias reservas sobre la democracia”.<sup>42</sup>

Un aspecto que no hay que dejar de lado en el estudio de los valores es la razón de ser de los mismos, este aspecto se verá a continuación.

#### *1.2.2.2. La dignidad de la persona humana: fundamento de los valores democráticos*

En este sentido los valores juegan y han jugado un papel muy importante en los ideales y en las utopías sobre la vivencia democrática, y han sido reconocidos en las constituciones democráticas actuales como valores y objetivos fundamentales del estado democrático que se realizan a través del derecho. Esta realización de los valores como configuradores del tipo de democracia, no es ajena en absoluto a las opciones históricas que los pueblos han tomado en un lugar determinado. Lo cual tampoco es ajeno al fin último ético sobre el que giran los valores en la actualidad, y es “la dignidad de la persona humana”<sup>43</sup>. El profesor Gregorio Peces – Barba le denomina a este hecho “ética democrática”, y se

---

<sup>42</sup> David Held, *Modelos de democracia*. Op.cit. p.35

<sup>43</sup> En este sentido la construcción democrática se basa en la dignidad de la persona humana fundamentada por los valores a realizar. Gregorio Peces – Barba, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 107.

refiere a ello en los siguientes términos: “Es una concepción que responde a las exigencias de la dignidad humana, de criterios de valor que deben realizarse en la sociedad para hacerla posible. Es la forma histórica moderna más aceptada como cause de reconocimiento del valor superior del hombre”. Esos criterios de valor no son ideas al vacío, sino, realizaciones históricas concretas en la sociedad, de aquí que deviene su constitucionalización, su normativización. Peces - Barba nos seguirá diciendo al respecto, que la ética democrática o la moralidad democrática se “concreta generalmente en la realización de la libertad y de la igualdad”<sup>44</sup>. De la misma opinión es el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, quien justifica la existencia de los valores como un producto del hombre que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo, basado en las necesidades humanas<sup>45</sup>. De igual forma, Eusebio Fernández García, nos define qué es lo que él entiende por dignidad humana, cuando argumenta en “*Estado, sociedad civil y democracia*”, que ésta es la “fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos”<sup>46</sup>.

Podríamos respondernos a la pregunta ¿qué papel juegan los valores en la democracia?. Con todo lo dicho anteriormente la respuesta obligada sería: fundamentar y ser fuente a la vez de la dignidad de la persona humana. La democracia, por tanto, no sería tal sin que conlleve *per se* valores que fundamenten y que sean fruto de la dignidad de la persona humana, como construcción ética, en un momento histórico concreto y en un lugar determinado.

#### 1.2.2.3. La igualdad y el interés general

Estos valores, implican la existencia de un interés común real y concreto en la sociedad, es decir, la democracia debe sustentarse, entre otros valores, en la igualdad. Pero no sólo en la igualdad política, sino en una igualdad más amplia que permita que la igualdad

---

<sup>44</sup> Gregorio Peces – Barba, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 107.

<sup>45</sup> Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 182.

<sup>46</sup> Eusebio Fernández García (Director), *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Editorial Dykinson, 1996, p. 151.

política sea una realidad. En este sentido, el camino a seguir en esta investigación con respecto al valor “igualdad”, no sólo se reduce a la igualdad de participación política, sino, se amplía a la igualdad material, es decir, a las condiciones económicas y sociales que den posibilidades reales de participación.

Por tanto, sin la existencia de un interés común –como nos dice Anthony Arblaster- que descansa en principios de igualdad social y económica la democracia se pone en riesgo. Tal es el caso de la participación política de minorías o mayorías que están excluidas del poder y la influencia, lo cual no quiere decir, que la democracia implique una diversidad ilimitada en la sociedad, sino un fundamento de valores compartidos y de experiencias compartidas, de tal modo que el pueblo se identifique con el sistema político y que confíe en sus procedimientos y resultados. Parafraseando a Arblaster: “que los grupos e individuos sientan que son más o menos iguales respecto a su capacidad para influir sobre el resultado del diseño común de decisiones; y que esos resultados se materialicen en lo que el pueblo reconoce como los intereses generales de la sociedad, en lugar de ser meramente una combinación, un equilibrio de intereses de los diversos grupos particulares”. Las desigualdades sociales –continúa Arblaster- en educación, salud, trabajo, vivienda y las raciales, y sexuales, son también formas de desigualdad política, en cuanto a que en la toma de decisiones influirán o influyen de manera dominante los grupos o personas con un mejor nivel económico o con una posición social aventajada.

En este sentido, estamos de acuerdo con Arblaster: “Hay por ende una tensión entre la existencia continuada de las desigualdades económicas y sociales que confieren ventajas políticas a algunos grupos y desventajas a otros, y el principio democrático de igualdad política que debe, en principio, significar, no meramente igualdad en la urna electoral, sino también igualdad de acceso a la toma de decisiones políticas, así como igualdad de oportunidades para influir sobre la dirección que debe tomar la sociedad en su conjunto”...”si estamos interesados en crear una sociedad plenamente democrática, entonces no puede haber duda de que uno de nuestros objetivos ha de ser lograr algo más que una igualdad estrictamente política o formal”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Anthony Arblaster, *Democracia*, Traducido por Adriana Sandoval y revisión de Jesús Alborés Rey, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p.p. 111 – 120.



#### 1.2.2.4. La libertad y el bien común

La libertad como valor fundamental de la Democracia hay que entenderla desde un ámbito individual como social. La esencia de la libertad individual se basa en la realización del ser individuo, en otras palabras, es la posibilidad de que todo individuo se desarrolle integralmente y no tenga obstáculos que le imposibiliten su desarrollo como persona humana.

Por otro lado, la libertad individual implica que nada ni nadie afecten su esfera de libertad, es decir, su dignidad como persona humana, pues, parte fundamental de esa dignidad es la libertad. Por tanto, la libertad consiste, no sólo en la capacidad y la posibilidad de hacer libremente lo que el hombre desea, ya sea pensar, elegir, tomar decisiones, o simplemente no hacer, sino que ésta libertad individual no afecte a la esfera individual y personal de los otros individuos.

Estas ideas han sido tomadas de John Stuart Mill<sup>48</sup> en su obra titulada “Sobre la libertad”; él plantea –entre otras cosas- cual debe ser la conducta de los individuos y de la sociedad con respecto a los otros individuos. Se refiere, a que en el uso del control o cualquier tipo de coacción, habrá que tomar en cuenta como bien superior la libertad del individuo, ya sea que se quiera aplicar la fuerza física, en forma de penas legales, o la coacción moral

---

<sup>48</sup> A John Stuart Mill se le considera como uno de los pensadores que marcó ampliamente el rumbo del pensamiento democrático liberal moderno. En palabras de David Held: “Mill trató de defender una concepción de la vida política marcada por el realce de la libertad individual, un gobierno más responsable y una administración gubernamental eficiente, libre de prácticas corruptas y de regulaciones excesivamente complejas”. En sus posiciones, Mill, se convierte en un defensor de la democracia liberal, o gobierno representativo –como nos lo dice Held- lo cual era importante para él, “no sólo porque establecía los límites para el logro de la satisfacción individual, sino porque era un aspecto importante del libre desarrollo de la individualidad”. La participación en la vida política era otro aspecto que le interesaba a Mill, lo cual sostenía, era vital –votar, participar en la administración local y en el servicio judicial- para “crear un interés directo en el gobierno, y consecuentemente, las bases de una ciudadanía, masculina y femenina, informada y en desarrollo”. Desde la perspectiva humana, Mill, al igual que Rousseau y Wollstonecraft, la política democrática era considerada “como un mecanismo fundamental para el autodesarrollo moral” (Macpherson, C.B. 1977: *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press. [La democracia liberal y su época, Alianza, 1987, cap. 3; David Held, *Modelos de democracia*. Op.cit. p. 110). Para Mill –en opinión de Held- la mayor y armoniosa expansión de las capacidades individuales era una preocupación central, sin embargo, “esta preocupación no lo llevó a apoyar un tipo de democracia no representativa”. En la obra de Mill titulada “Sobre la libertad” manifiesta claramente su posición con respecto a la cuestión de la libertad de los individuos y de las minorías, tal como dice Held: “El objetivo de *Sobre la libertad* es elaborar y defender un principio que establezca <<la naturaleza y límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo>>”. David Held, *Modelos de democracia*. Op.cit. p. 112.

de la opinión; con respecto a lo anterior dice Mill: “el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, sea prudente o justo”<sup>49</sup>. En este sentido para J.S. Mill la libertad sólo tiene dos límites: la propia defensa, y la otra que bien podría derivarse de la primera o viceversa, es el impedimento de perjudicar a otro individuo.

Con respecto a la libertad social sucede lo mismo que con la libertad individual, pero esta libertad social no es fruto de la sumatoria de las libertades individuales, sino, que nace del interés general (referido anteriormente) y del bien común. El bien común, es otro valor que se realiza como parte de la libertad social. Sin el bien común, muchas libertades sociales no podrían ser, tampoco las libertades individuales. La base de la libertad en general (individual y social), es el interés general y el bien común, aun cuando en ocasiones (que serán muchas) el bien común se oponga al interés individual, lo cual, no quiere decir, que el interés individual sea equiparable a la libertad que la persona individual debe de gozar. Es decir, que en la toma de decisiones, por ejemplo, de los gobernantes se discutirán y negociarán aspectos que afectan a los individuos, pero es necesario aclarar que, desde una perspectiva moral, los principios deben prevalecer sobre los intereses, sean estos de grupo o individuales, y que la unanimidad no garantiza que prevalezca el bien común<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, traducción de Josefa Sainz Pulido, Ediciones Aguilar, Madrid, 1972, p. 17.

<sup>50</sup> Arblaster menciona en su obra un ejemplo del profesor Fred Hirsch al respecto del bien común: “*Si todo el mundo se pone de puntillas, nadie verá mejor. De presentarse una interacción social de este tipo, la acción individual deja de ser el medio seguro para satisfacer la opción individual: el resultado preferido sólo podrá obtenerse a través de la acción colectiva*” (Fred Hirsch, *Social Limits to Growth*, Londres, Routledg & Kegan Paul, 1977, pp. 5 y 10; Anthony Arblaster, *Democracia*. Op.cit. p. 100). Arblaster comenta al respecto que “Este ejemplo es lo que llama <<el conflicto moderno entre acciones individualistas y satisfacción de preferencias individualistas. Obtener lo que uno desea está, cada día más, divorciado de hacer lo que uno desea>>. De modo que las decisiones tomadas en forma unánime por individuos que actúan libremente de acuerdo con la percepción de sus propios intereses no producirán necesariamente el resultado deseado”... “Rousseau comprendía esto, por lo que procuraba distinguir entre la voluntad de todos y lo que llamaba <<la voluntad general>>. Lo que todos queremos como individuos no es, en suma, lo mismo que lo que queremos como comunidad. Incluso la unanimidad no garantiza que prevalezca el bien común”. Anthony Arblaster, *Democracia*. Op.cit. p.100.



En la democracia deben existir mecanismos y reglas del juego que garanticen las esferas de libertad de los individuos y de la sociedad en general. Sin libertad no existe democracia, pero esta libertad debe estar fundada además en condiciones que permitan a las personas y a los pueblos autodeterminarse y definirse; por eso es tan importante la igualdad de la que se ha hablado anteriormente. Un sistema que se proclame libre pero que en su estructura existan desigualdades materiales extremas, será incoherente con la democracia, en cuanto a que las posibilidades de participar en las elecciones o en la toma de decisiones, característica de la democracia, como parte de la libertad, serán limitadas por la falta de medios y condiciones materiales. Estos medios materiales, permiten acceder a la formación educativa, información, expresión y manifestación del pensamiento, y la inexistencia de estos medios, es un obstáculo para el debate y la confrontación de ideas que la misma democracia exige. Anthony Arblaster es claro en esta posición: “lo que necesita el pueblo para dar su consentimiento auténtico es sentirse libre para expresar sus dudas y su oposición, al menos para crear una situación en donde exista la posibilidad de superar dudas y oposición”.

Para lograr lo anterior, es necesario que se den ciertas condiciones tales como la libertad que deben experimentar los individuos al tomar decisiones y dichas decisiones deben basarse en su libre consentimiento. Sin embargo –nos dirá Arblaster- no es suficiente este aspecto, ya que la conciencia de los pueblos y de los individuos se encuentra condicionadas por la sociedad y los mecanismos de persuasión social, tales como los medios de comunicación o la educación formal, por ejemplo. En este sentido, tomando textualmente al profesor de Sheffield: “El libre debate, la libre elección y el consenso auténtico requieren, por tanto, de un nivel de educación, de un entendimiento social tal, que las personas tomen conciencia por sí mismas de ser objeto de persuasión y propaganda y, en consecuencia, estén capacitadas para resistir estas presiones”; en este sentido nos sigue diciendo Arblaster, “se requiere de una distribución de los recursos para la propaganda y la persuasión que asegure que el poder para influir en nuestra mente se distribuya de acuerdo con el grado de diversidad de opinión en la sociedad”, esto minimizará, en opinión de este autor, “la posibilidad de ser fácilmente manipulada por formadores de opinión inescrupulosos”.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Anthony Arblaster, *Democracia*. Op.cit. p.100, 139, 140 – 141

No hay duda que la libertad de opinión, expresión y creencias, unida a las demás libertades, como la elección política, es un ámbito dentro de la esfera general de libertad de los individuos. Aunque, como se dijo antes, estas libertades pueden estar limitadas o condicionadas por factores externos. En este sentido, la opinión pública tiene una gran importancia en el desarrollo de la democracia, ya que debe enmarcarse dentro de lo que se denomina libertad de opinión. Esta libertad de opinión y el papel político del ciudadano están intrínsecamente ligados entre sí y juegan un doble papel: por un lado, informan al ciudadano y a la colectividad sobre las diversas opciones ideológicas y políticas, y por otro lado, desarrollan un papel informante al que gobierna sobre las exigencias y necesidades de los gobernados. El primer aspecto, permite que los ciudadanos conozcan los distintos planteamientos de los diversos sectores y grupos sociales, sobre los cuales puede opinar, discutir y hasta criticar. En relación con el segundo aspecto, implica la posibilidad de espacios para el ejercicio de su libertad de opinión, y ésta, a su vez, permite que sea como individuo o en colectividad, dé a conocer sus ideas, creencias u opiniones acerca de los planteamientos o situaciones que considere conveniente expresarse. Esa conveniencia de expresión debe estar fundada en la libertad y no en ningún tipo de opresión, física, moral, religiosa, o ideológica. El carácter colectivo de una expresión afecta a su peso político, es por eso que las decisiones gubernamentales, en una democracia, deben ser públicas para que los gobernados puedan formarse sus propias opiniones sobre cuestiones políticas; como diría Bernard Manin, “es necesario que tengan acceso a informaciones políticas, lo que exige que las decisiones gubernamentales se hagan públicas”<sup>52</sup>.

### **I.3 El modelo de representación en las actuales democracias**

No cabe duda de que el modelo de representación es el que en la actualidad más se ha desarrollado y ejercido; con sus crisis y cuestionamientos, es el sistema que ha permitido la aplicación real de la institucionalidad democrática. No obstante, en sus inicios e incluso hoy en día, el modelo de representación fue y es cuestionado. Se ha puesto en duda si en realidad es un modelo democrático, debido a que no cumplía con los requisitos de la

---

<sup>52</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 206.

democracia directa y participativa, que era el modelo único y por excelencia (ideal a seguir) que desde los clásicos pensadores griegos hasta algunos autores de la ilustración, como Rousseau, definían como único sistema democrático. Todo aquello que fuera contrario a la participación del pueblo y al ejercicio del gobierno directo del pueblo era, e incluso hoy en día se cuestiona, como no democrático.

Esta discusión se plantea en la actualidad alrededor de las crisis y conflictos que han generado gobiernos en los modelos de representación. Se ha argumentado, que el modelo de representación ha fracasado, y que es necesario desarrollar algún modelo alternativo, como podría ser el directo.

Para comprender mejor a qué se refiere cada uno de estos modelos de democracia (participativa y representativa) definiremos sencillamente cada una de ellas. Por democracia directa - participativa se ha entendido como denominador común “aquel sistema de toma de decisiones para las cuestiones públicas, en el que los ciudadanos participan directamente”; por democracia indirecta representativa, se entiende “un sistema de gobierno que comprende a funcionarios electos que asumen la representación de los intereses y/u opiniones de los ciudadanos en el marco del imperio de la ley”<sup>53</sup>.

En cuanto a la definición de democracia directa, en su expresión pura y máxima, postula todo el poder a todo el pueblo; sin embargo dicho principio democrático no sirve de ayuda para hacer coincidir la titularidad con el ejercicio del poder. De ahí, que necesitemos los principios intermedios de los que hablaba Constant. El principio intermediario descubierto hasta el momento es la representación materializada –como dice Sartori- en las estructuras garantistas del Estado constitucional. Esto significa, en primer lugar, que se reduce el poder a menos poder, es decir, que en el sistema representativo nadie posee un poder absoluto, ni siquiera las mayorías, es decir, nadie posee un poder sin limitaciones. En segundo lugar, -siguiendo a Sartori- el pueblo ejerce realmente el poder (el poder político) porque es capaz de controlar y de cambiar a los detentadores del poder. Sartori lo sintetiza de la siguiente manera: “el principio <<todo el poder para el pueblo>> debe

---

<sup>53</sup> Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, traducción de Juan Moreno, Plaza y Janes Editores, Barcelona, 1985. p. 221, y Eusebio Fernández García, en *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 42 – 43.

modificarse a medida que la democracia se desarrolla y convertirse en el principio *todo el poder para nadie*<sup>54</sup>.

Bernard Manin, expone en su obra “Los principios del gobierno representativo”, cuatro principios que invariablemente se han presentado en los regímenes representativos:

- 1) Quienes gobiernan son nombrados por elección con intervalos regulares.
- 2) La toma de decisiones por los que gobiernan conserva un grado de independencia respecto de los deseos del electorado.
- 3) Los que son gobernados pueden expresar sus opiniones y deseos políticos sin estar sujetos al control de los que gobiernan.
- 4) Las decisiones públicas se someten a un proceso de debate.

Estos cuatro principios desarrollados por Manin, permiten aclarar (como él mismo dice) “las propiedades y efectos oscuros de una serie de instituciones que fueron inventadas hace dos siglos”, refiriéndose a las instituciones de la democracia representativa.

La idea general y básica de Manin, para desarrollar estos cuatro principios del gobierno representativo, se encuentra en la participación de los ciudadanos en la elección, es decir, el “veredicto del pueblo”. Alrededor de la elección, se encuentran básicamente las ideas de igualdad y libertad del pueblo para elegir, las cuales están limitadas –según Manin- en cuanto a la elección de individuos que escasamente puedan ser perceptibles, lo que no hace que desaparezca la libertad, pero sí que se la limite. Esto responde al cuestionamiento de la libertad de consentimiento al momento de elegir, en el sentido de que el electorado es libre de elegir, cuando en realidad lo que hace es elegir dentro de un límite de categorías en las que se encuentra que el individuo a ser elegido tenga un rasgo distintivo, que sea juzgado favorablemente, y que proporcione un criterio de selección política. No obstante lo anterior, dirá Manin, que “el método electivo no establece límites objetivos a lo que va ser juzgado favorablemente y sirva como criterio”, por lo que, “los votantes conservan bastante libertad”.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*. Op.cit. p. 100 – 101

<sup>55</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 17 y 195.

El segundo problema planteado por Manin, en la elección de los individuos por parte de los electores, es la percepción de superioridad del elegible, y por otro lado, las características objetivamente superiores. Se refiere al acuerdo existente entre los electores, sobre qué características va a suponer posean los individuos potencialmente elegibles, es decir, la dependencia que existirá en la percepción por las cualidades o diferencias que hayan sido percibidas por uno u otro candidato. Dicho textualmente por Manin: “un sistema electivo, aunque un individuo pueda resaltar en todos los aspectos, no será elegido si sus cualidades no son percibidas como superiores por sus conciudadanos...” “el poder no se confiere por los propios rasgos distintivos, sino por el acuerdo de otros sobre qué rasgos constituyen una superioridad”. Aquellos que objetivamente posean rasgos suficientes para ser elegidos, no necesariamente lo serán, si la percepción de sus electores o de los electores no sea efectivamente la superioridad. Puede ser, por tanto, que los menos capaces, en términos de elites, sean elegidos por haber sido percibidos como superiores.

La anterior situación se debe, en la mayoría de casos, a aspectos y circunstancias externas que pueden ser ubicadas en los avances sociales, económicos y tecnológicos, lo que hace que la libertad de selección y la igualdad no estén aseguradas en definitiva; por lo que los “rasgos distintivos de quienes son elegidos deben ser el resultado, en la medida de lo posible, de una opción consciente y deliberada del electorado”... “En un sistema electivo, la única cuestión posible concierne al tipo de superioridad que ha de regir, pero si se pregunta: <<¿Quiénes son los *aristoi* que deben gobernar?>> el demócrata se dirige al pueblo y que éste decida”.<sup>56</sup> Esta afirmación da mucho que pensar en cuanto a la utilización del concepto de “pueblo decisor”, ya que si en efecto, como se ha dicho anteriormente, el pueblo es el punto central de la democracia, éste puede elegir a cualquier individuo según su percepción, lo que Manin ha denominado “el veredicto del pueblo”. Este veredicto del pueblo tiene sus matices, en cuanto a los representantes, debido a la vinculación que éste puede tener respecto a sus electores. ¿Cómo se maneja el gobierno de representación respecto a sus electores?, ¿es obligatorio para los representantes realizar los planes y propuestas que hicieron a los electores cuando asumen el poder del estado?. Estas preguntas, y otras más, que se pueden suscitar respecto a este fenómeno se responden a través de lo que se ha denominado

---

<sup>56</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p.p. 196 y 198

anteriormente, como los principios del gobierno representativo, que se explicarán brevemente.

### 1.3.1 La independencia parcial de los representantes

El principio de “*la independencia parcial de los representantes*” se refiere a la prohibición de dos tipos de prácticas en el gobierno representativo, que de no ser así, la independencia de los representantes se vería afectada. Una es la prohibición del mandato imperativo y la otra prohibición es la revocabilidad discrecional de los representantes<sup>57</sup>. En cualquier caso, en el derecho público desaparecen ambos elementos: las instrucciones vinculantes y la revocabilidad inmediata. El principio de que los representantes no pueden estar sujetos a “mandato imperativo” está firmemente arraigado en la teoría de la representación política y el constitucionalismo (véase, a este respecto, el artículo 67.2 de la Constitución española de 1978), al igual que el de la imposibilidad de su sustitución hasta que expire el plazo de ejercicio de su función. Estas prohibiciones tienen sus razones históricas, que aparecen claramente explicadas por Sartori de la siguiente manera: “Burke expresó bellamente el rechazo a la teoría del mandato en la representación (que era, de hecho, la teoría medieval) en su conocido *Discurso a los electores de Bristol* de 1774: ... El parlamento no es un *congreso* de embajadores de diferentes y hostiles intereses que cada uno ha de defender como agente y abogado frente a otros agentes y abogados, sino la asamblea deliberante de *una* nación con *un* interés, el del conjunto, que no ha de guiarse por intereses o prejuicios locales sino por el bien común resultante de la razón general del conjunto. Cada uno elige, ciertamente, a un parlamentario; pero una vez elegido, éste no es parlamentario de Bristol, sino miembro del *Parlamento*.”<sup>58</sup>

Manin agrega algunos ejemplos más al respecto: “En Norteamérica, ... algunos estados, especialmente los de nueva Inglaterra, incluyeron incluso el derecho de dar instrucciones en sus constituciones. Cuando en el Primer Congreso (elegido según la Constitución de

---

<sup>57</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 201.

<sup>58</sup> Giovanni Sartori, *En defensa de la representación política*, Claves de Razón Práctica, Nº 91, Promotora General de Revistas, Madrid, Abril 1999, p. 4 – 6.

1787) se discutieron las enmiendas constitucionales que se convertirían en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), algunos miembros propusieron que la Primera Enmienda (que garantiza la libertad de credo y de expresión) incluyese también el derecho a dar instrucciones a los representantes. La propuesta fue discutida durante cierto tiempo, pero finalmente rechazada. Los votantes estadounidenses seguirían siendo libres de dar instrucciones, pero éstas no tendrían ninguna fuerza legalmente vinculante.” Otro ejemplo propuesto por Manin, respecto a la prohibición de los mandatos imperativos, se refiere a una de las primeras decisiones de los revolucionarios franceses, la de prohibir los mandatos imperativos, la cual “nunca fue recurrida durante ni después de la Revolución”.<sup>59</sup> Este mismo ejemplo lo explica Sartori de la siguiente manera, haciendo alusión al texto de la Constitución Francesa de 1791: “Los representantes designados en los *departamentos* no serán representantes de un determinado departamento, sino del conjunto de la nación y no se les puede imponer mandato alguno (Sección III, art. 7)”. La explicación se funda -según Sartori- en primer lugar, en “que los representantes son designados *en* sus distritos, precisamente para evitar decir que los son *por* sus electores.”

Y, en segundo lugar, el concepto de Soberanía no recae en el pueblo sino en la nación, ya que la nación la conforman tanto el pueblo como los representantes; en este sentido, si se declara que el pueblo es el soberano “habría dos voluntades: la del pueblo y la de los representantes; pero si es la nación la soberana (artículo 3 de la Declaración de Derechos de 1789), hay una sola voluntad, pues la voluntad de la nación es la misma voluntad de los diputados a quienes se reconoce el derecho a hablar y actúan en nombre de aquélla.”<sup>60</sup>

Hasta nuestros tiempos la prohibición del mandato imperativo es condición necesaria y ciertamente inherente a la democracia representativa. El estado representativo no puede construirse sobre la base de la teoría medieval de la representación, concibiendo la representación en términos del “mandato” de derecho privado. Se pueden presentar promesas y programas, pero los representantes han mantenido, sin excepciones, la libertad de decidir si cumplirlos o no, de manera imperativa. Esta prohibición del mandato imperativo, está vinculado a la prohibición de revocabilidad discrecional de los

---

<sup>59</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p.p. 202 – 203.

<sup>60</sup> Giovanni Sartori, *En defensa de la representación política*. Op.cit. p. 4

representantes dentro de la independencia parcial de los mismos. El cambio de un gobierno a otro, es decir, de unos representantes por otros, vendría dado después de un período razonable y bajo mecanismos claramente desarrollados en las normas constitucionales. La revocabilidad, si se quiere utilizar este término, se dará transcurrido el tiempo determinado en la constitución, o en un tiempo menor, cuando han concurrido factores establecidos en la misma constitución que hagan que dicho gobierno termine con sus funciones. Este es otro de los principios que se desarrollarán más adelante cuando se hable del “carácter periódico de las elecciones”.

La revocabilidad discrecional fue bien vista durante el siglo XIX; pudo ser un buen mecanismo para lograr el control, por parte del pueblo, del cumplimiento o no de las promesas y planes propuestos por los representantes en el inicio de su ejercicio en el poder. Lo anterior no tuvo vigencia duradera. En la práctica, cualquier gobierno tiene libertad (aunque no absoluta sino relativa) de cambiar sus planes, lo que depende de las necesidades que vayan surgiendo en el camino del ejercicio gubernamental. Hay en este sentido, una responsabilidad por parte de los representantes de resolver aquellos problemas que afectan a los electores, que probablemente no fueron considerados en la propuesta, y que, dada la marcha del momento, han surgido o fueron detectados. Manin, lo expresa de la siguiente manera: “Cumplir las promesas es una norma social profundamente enraizada y romperlas arrastra un estigma que puede acarrear dificultades cuando llegue la hora de la reelección. Los representantes, sin embargo, siguen siendo libres para sacrificar la perspectiva de su reelección si, por circunstancias excepcionales, otras consideraciones les parecen más importantes que su propia carrera”... “Como el vínculo entre la voluntad del electorado y el comportamiento de los representantes no está garantizado rigurosamente, éstos siempre retienen cierto grado de discreción. Los que insisten en que en una democracia representativa el pueblo gobierna a través de sus representantes han de reconocer al menos que eso no significa que los representantes tengan que llevar a cabo los deseos del electorado”<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 205 y 206.



### 1.3.2 La libertad de opinión pública

Otro principio es el de "*libertad de opinión pública*" que ha sido explicado anteriormente en el numeral 1.2.2., desarrollado en el tema de los valores en la democracia. En dicho numeral se dijo, entre otras cosas, que: la libertad de opinión y el papel político del ciudadano están intrínsecamente ligadas entre sí. Estos juegan un doble papel: por un lado informan al ciudadano y a la colectividad sobre las diversas opiniones ideológicas y políticas, y por otro, desarrollan un papel informante al que gobierna sobre las exigencias y necesidades de los gobernados. El primer aspecto si se cumple, permite que los ciudadanos conozcan los distintos planteamientos de los diversos sectores y grupos sociales de los temas de interés sobre los cuales puede opinar, discutir y criticar, lo que implica la posibilidad de espacios para el ejercicio de su libertad de opinión. Esta, a su vez, permite que, sea como individuo o en colectividad dé a conocer sus ideas, creencias u opiniones acerca de los planteamientos o situaciones que considere conveniente expresarse. El carácter colectivo de una expresión afecta a su peso político, por lo que las decisiones gubernamentales en una democracia deben ser públicas para que los gobernados, sobre la base de ellas, puedan formarse opiniones sobre la conveniencia o no de tales medidas, e incluso para la decisión de sustituir al gobierno en las próximas elecciones.

Manin opina que: "No se requiere de los representantes que actúen según los deseos del pueblo, pero tampoco pueden ignorarlos: la libertad de opinión pública asegura que esos deseos puedan ser expresados y llevados a la atención de los que gobiernan. Son los representantes quienes toman la decisión final, pero se crea un marco en el que la voluntad del pueblo es una de las consideraciones en su proceso de toma de decisiones".

En definitiva, la libertad de opinión pública, como parte del derecho de libertad en general y de expresión en particular, es una condición necesaria para la existencia de la democracia. Esta libertad de opinión, mantiene abierta la posibilidad de que los representados puedan hacer oír su voz, distinta de los gobernantes y en cualquier momento. El gobierno representativo es, por lo tanto, un sistema en el que los representantes nunca pueden afirmar con completa confianza y certeza <<nosotros el pueblo>>.

### 1.3.3 El carácter periódico de las elecciones

*El carácter periódico de las elecciones*, es otro principio del gobierno representativo que alude a la alternancia en el poder. No se puede concebir un sistema democrático, si no existe alternancia en el ejercicio del poder político, y si en su base no existe el pluralismo que permita, entre la diversidad ideológica, poder optar con libertad al gobierno que se quiera como representante. Este es uno de los mecanismos de control más poderoso con que cuentan los ciudadanos con respecto a sus representantes. Formalmente hablando, es el modo de participación con que los electores resuelven continuar o cambiar a sus representantes cuando éstos no han cumplido con las expectativas y necesidades de la población. Manin lo resume de siguiente forma: "el sistema representativo da a los votantes la capacidad efectiva de despachar a los gobernantes cuyas políticas no encuentren su aprobación"<sup>62</sup>. Este es un aspecto que desde la perspectiva del representante deberá tener en cuenta en sus decisiones presentes el juicio que los votantes harán de ellas. Ese es el canal por el que la voluntad de los gobernados entra en los cálculos de los que están en el poder.

El análisis para mejor gobernar de los representantes se debería basar, en lo general, sobre las necesidades reales de los gobernados, y sobre la manifestación de opiniones de los mismos, sin olvidar la independencia parcial a que ellos disponen. Una y otra base tienen sus matices y límites<sup>63</sup>; no obstante, el gobernante debe tener claro que su ejercicio

---

<sup>62</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p.p. 206 y 217.

<sup>63</sup> En el modelo de democracia formal y en su correspondiente modelo político denominado sistema representativo, reside toda la soberanía en el pueblo que se expresa libremente sin otro límite a la validez de sus decisiones que el ser expresión de la voluntad mayoritaria de los miembros de la comunidad política. En este Estado se determina claramente el "cómo" se puede decidir –por mayoría– y se establece la validez de cualquier decisión, sea del contenido que sea, así adoptada. El modelo de *democracia sustancial* está formado por el conjunto de reglas que determina cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho y, por lo tanto, vinculado, estructural y funcionalmente, a la tutela de los derechos e intereses de los individuos. Estas reglas condicionan la validez de las normas jurídicas y las posibilidades de decisión política democrática. Se enuncia primero aquello sobre lo que *no se puede decidir* así como aquello sobre lo que *no se puede dejar de decidir* y, en definitiva, lo que *sí podrá ser objeto de decisión*. Este modelo de decisión política es el que se corresponde a las exigencias y principios del Estado constitucional de derecho, pues asume estructuralmente la existencia de límites respecto del poder de decisión y, por lo tanto, hace posible la síntesis de los principios que exigen la limitación del poder del Estado y, por otro lado, la legitimidad de sus decisiones democráticas. Esta síntesis se encuentra, por lo tanto, en el modelo de democracia sustancial, donde el poder político democrático está siempre vinculado constitucionalmente a la garantía de los derechos e intereses de los

gubernamental será evaluado partiendo de lo que hizo, es decir, en una visión retrospectiva de su gobierno, y decidirán sobre consideraciones futuras; en otras palabras, “en un sistema representativo, si los ciudadanos desean influir sobre el rumbo de las decisiones públicas, *deben* votar sobre la base de consideraciones retrospectivas”... “No es razonable por su parte suponer que los candidatos vayan a cumplir necesariamente sus compromisos, pero uno de los pocos medios disponibles para evaluar cuánta confianza se puede depositar en los compromisos de los candidatos es el modo en el que se comportaron en el pasado. En ambos casos, por lo tanto, puede ser razonable que los votantes empleen el comportamiento pasado de los candidatos como criterio para las futuras decisiones”.

Cuando un candidato o candidatos han sido evaluados mal, se escucha normalmente en la jerga política del pueblo el término “voto de castigo”, el cual alude precisamente a lo que Manin ha descrito como valoración retrospectiva, pues el pueblo al elegir lo hace realizando una valoración *ex post facto* del desenvolvimiento del gobierno que lo representa, y de aquí dependerá la continuidad o la sustitución por un nuevo gobierno en el futuro. Este ejercicio electoral, es lo que hace que las mayorías decidan si conviene o no a sus intereses la adopción de las políticas de un determinado gobierno, no sobre la base necesariamente de las propuestas a futuro, más bien, sobre la base de lo hecho en el pasado. Como lo dice Manin: “A través del juicio retrospectivo el pueblo goza de verdadero poder soberano. Llegado el momento de la elección, cuando se ha dicho todo a favor y en contra de las políticas de los que están en los cargos, el pueblo presenta su veredicto. Contra este veredicto, sea correcto o erróneo, no hay apelación; ése es el aspecto democrático de la elección”... “la paradoja adicional de que como mejor están capacitados los votantes para influir sobre el futuro es considerando el pasado”<sup>64</sup>.

#### **I.3.4 Juicio mediante discusión**

Finalmente, el último principio es el “*juicio mediante discusión*”; este principio tiene como base, el hecho de que para la toma de decisiones deben participar la diversidad social y

---

ciudadanos, tal como se verá más adelante. Ver al respecto Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 74.

<sup>64</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 221 - 222 y 225.

de posiciones referentes a un tema de interés general mediante el debate y la persuasión. En un sistema político, en el que no exista debate y participación de la diversidad social, no puede denominarse sistema o régimen democrático. Manin adopta la idea de la discusión del aporte de Siéyès, el cual, “introduce sus reflexiones sobre el debate *después* de haber establecido la necesidad del gobierno representativo, y lo hace con el fin de responder a las objeciones <<contra las grandes asambleas y contra la libertad de expresión>>”. Así, asume, nos dice Manin, “sin justificación posterior, que la representación necesita una Asamblea y que el papel de una asamblea es debatir”. Aquí lo importante, para Manin, no es la discusión, ni el debate en sí mismo, sino la decisión a la que se llega con el debate y la discusión, ya que esa decisión ha sido fruto de la participación de la diversidad para llegar al consentimiento de la mayoría, tras haber sido sometida al juicio mediante la discusión.

Para este autor, “el hecho de que la decisión sea tomada por un órgano colectivo al final de un debate sólo garantiza una cosa: que todas las propuestas legislativas han de someterse al *proceso* de la discusión”... “no se puede adoptar ninguna medida hasta que una mayoría la considere *justificada* tras el escrutinio argumentativo”, es decir, sometida al papel crítico del juicio.

Si se unen los cuatro principios, se verá la correlación importante de los mismos, que considerados como unidad, sustentan la democracia. Pero esto no agota el hecho de que cada uno de los mismos tiene un significado propio dentro de la representación. La libertad de expresión, juega un papel fundamental en el momento de ejercer juicios respecto a la evaluación retrospectiva que hace el electorado de las decisiones, que, con independencia hacen los representantes, lo cual trae como consecuencia, en las elecciones periódicas, que el veredicto del pueblo sea positivo al gobierno de turno o sea desfavorable para ese gobierno. En pocas palabras, como lo dice Manin, “El gobierno representativo no es un sistema en el que la comunidad se autogobierna, sino, un sistema en el que las políticas y las decisiones públicas son sometidas al veredicto del pueblo”<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*. Op.cit. p. 221, 222, 234 y 236.

#### **I.4 El principio de la mayoría y sus límites**

Uno de los aportes históricos para comprender la democracia, es el principio de las mayorías en el ámbito político de elección, selección y decisión. Ahora bien, como mecanismo o procedimiento de decisión, el principio de la mayoría viene a constituir un elemento que facilita el determinar “el cómo” de las decisiones. Estas no se deben confundir con aspectos de justicia, verdad absoluta, obediencia plena, sabiduría, legitimidad absoluta y plena, calidad y otros. La democracia, con relación al principio de la mayoría, no es nada más que “el conjunto de creencias, reglas y principios que garantizan el pleno y continuado ejercicio de la autonomía, la libertad y la igualdad”. La democracia exige entre sus principios que la voluntad de la mayoría, como parte de las elecciones libres, periódicas y competitivas, sea tomada como una regla del “juego político y como forma concreta de gobierno”. Esto no debe ser traducido como el poder descontrolado del pueblo o el de sus representantes, sino, que significa, que esa soberanía del pueblo, antes que el poder del pueblo, ha de ser el control de todo poder por el pueblo, no es todo el poder para todos, sino “todo el poder para nadie”.<sup>66</sup>

El concepto de decisión implica, entre otras cosas, “deliberación”, “diálogo” y “discusión”. Lamentablemente, en la realidad, estos tres conceptos, no siempre están presentes en el momento de elegir. No obstante, es necesario insistir, que para la elección, la democracia tal como se ha venido desarrollando en esta investigación, exige entre sus principios, la existencia del debate y el intercambio de ideas basado en una opinión pública abierta, en la que la libre circulación de ideas y pensamiento sea uno de los elementos en los cuales se sustente la democracia. Lo anterior debe permitir que los electores tomen decisiones conscientes al momento de seleccionar a sus representantes. O por otra parte, refiriéndonos a los poderes constituidos en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos, sean administrativos o legislativos, éstos deberían basar sus opiniones en ideas fruto de la deliberación, el diálogo y la discusión.

Pero entonces, ¿cuál es la justificación para tomar en cuenta la decisión de las mayorías?. La justificación reside en el principio democrático de la libertad y la autodeterminación y en el principio de la igualdad democrática. La libertad y la

---

<sup>66</sup> Francisco Garrido Peña, *Introducción a la ecología política*, editorial Comares, 1993, p. 18 y 31.

autodeterminación, como principios básicos de la democracia liberal, plantean que todo individuo es libre de participar en la decisión o en la elección. Esto supone que la participación tiene que valer para todos los ciudadanos y no sólo para unos pocos, dando oportunidad, por la igualdad, para que, en un caso concreto los que se oponen a un proyecto no queden excluidos por exigencias mínimas de mayorías o los que están de acuerdo no salgan perjudicados por exigírseles más. Esta igualdad política, exige el planteamiento de los mismos derechos políticos de participación para todos, con el objeto de que tengan las mismas oportunidades de influir políticamente en las decisiones. Pero podría plantearse la inexistencia de igualdad cuando se exigen diferentes tipos de mayoría. En este sentido hay que acotar que como parte de la libertad, la autodeterminación y la igualdad, la exigencia de mayorías cualificadas se da para garantizar y proteger a las minorías políticas y no como un estándar o nivel mejor de democracia, aunque esto asegure con mayor intensidad la vigencia de los principios democráticos al momento de adoptar una decisión.<sup>67</sup> El caso crítico no es éste, lo crítico y delicado del principio de la mayoría se da cuando esta mayoría se considera (o sus representantes) con la legitimidad de tomar decisiones que afecten, a los intereses, derechos, de minorías o incluso de la mayoría que los ha elegido; si esto es así, la democracia podría entrar en peligro de crisis; distinto sería, que la decisión que se adopte afecte a las mayorías o minorías, pero que dicha decisión se tome para proteger bienes comunes o de interés general que sin dicha toma de decisión podría haberse perjudicado seriamente a una mayoría o a una minoría. Por eso, en la toma de decisiones que vayan a afectar a uno u otro grupo social, sea mayoritario o minoritario, se deberán tomar en cuenta otras reglas que el mismo sistema democrático plantea.

El principio de la mayoría o regla de la mayoría, se puede considerar como la principal pero no la única regla (argumentada por algunos autores como Norberto Bobbio) de

---

<sup>67</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, traducido por Rafael de Agapito Serrano, editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 93 – 94. Al respecto el profesor opina que “Desde el principio del Estado de Derecho esto puede considerarse como algo natural para limitar y contrarrestar el poder democrático en determinados campos y ámbitos de la vida, de un modo especial en el de los derechos de libertad. Y desde un punto de vista democrático las mayorías cualificadas se justifican en todo caso allí donde pueda estar en peligro el contenido nuclear del ordenamiento democrático mismo, como pueden ser los derechos de libertad democrática o los desarrollos del principio de igualdad democrática. También tiene sentido como protección de las minorías por lo que se refiere a determinados grupos de ciudadanos en los que no está dada aquella homogeneidad prejurídica con el resto de los ciudadanos que constituye el presupuesto material de la igualdad democrática”.



decisión y elección.<sup>68</sup> El juego político en la democracia se debe desarrollar conforme a un conglomerado compacto de reglas determinadas donde ocupa un lugar relevante la posibilidad de decidir mayoritariamente sobre los asuntos públicos. Esa facultad, no es, sino, una de las varias reglas que permiten caracterizar a un sistema político como democrático, nunca la única.<sup>69</sup>

El principio de la mayoría en la toma de decisiones, no implica necesariamente un sólo procedimiento, norma o regla, del cómo deben adoptarse las decisiones colectivas, aunque se hable de los diferentes tipos de mayoría que se exigen en un parlamento. Esto no debe confundirse con el cómo se adoptan las decisiones mayoritarias; por tanto, al no existir una regla única al respecto, es necesario que, para cada caso específico y concreto donde se evalúe o analice dicho mecanismo, se deberá realizar una cuidadosa evaluación de las circunstancias en las que se tomarán dichas decisiones.<sup>70</sup> Lo anterior da paso a pensar que en circunstancias diversas, seguramente, no se optó por el principio de la mayoría en la toma de decisiones, lo cual indica que en la representación, pudiera ser que las minorías dirigentes o gobernantes hayan tomado la decisión sin tomar en cuenta a la mayoría, sea por la legitimidad que los ampara, sin vulnerar o violar necesariamente el proceso democrático.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 83 y ss.

<sup>69</sup> Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Op.cit. p. 69.

<sup>70</sup> Para contextualizar mejor este aspecto es necesario tomar textualmente las palabras de Robert Dahl al respecto, y él dice: “la búsqueda de una norma única que especifique cómo deben adoptarse las decisiones colectivas en un sistema de gobierno democrático está destinada al fracaso. No parece haberse encontrado ninguna norma de esa suerte.”... “los defectos de la norma de la mayoría son demasiado graves como para soslayarlos. Ellos nos obligan a ver con el mayor escepticismo la afirmación de que la democracia exige la norma de la mayoría. No obstante, tenemos derecho a ver con igual escepticismo la afirmación de que puede hallarse una alternativa claramente superior a la norma de la mayoría, o más congruente con el proceso democrático y sus valores...” Robert Dahl, *La democracia y sus críticos*, traducido por Leandro Wolfson, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, primera edición 1992, p. 194 – 195.

<sup>71</sup> Böckenförde es crítico ante esta posición y opina lo siguiente en relación a las cuestiones no susceptibles de decisión: “se ha defendido la idea de que hay cuestiones cuya trascendencia política y cuya naturaleza de irreversibles hace que no sean susceptibles de decisión mediante el principio de la mayoría. Esta idea, si se toma en serio, cancela la capacidad de funcionamiento de la democracia como forma de Estado y de Gobierno.”... “si se acepta que tales cuestiones no son susceptibles de decisión, esto no quiere decir en realidad que no se tome una decisión, sino que se decide de un modo indirecto, esto es, en el sentido de mantener el *statu quo* o de no actuar en este terreno. Y esto se produce no por la voluntad de la mayoría, sino en todo caso por la de una pequeña minoría, que ha conseguido imponer con éxito la <<imposibilidad de votar>> y que obtiene con ello un privilegio que es contrario a la igualdad democrática.” Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Op.cit. p. 97 – 98. Antonio Peña Freire, opina que la regla de la mayoría no puede referirse a todas las decisiones imaginables si a la vez pretende,

No obstante, lo que sí exige el principio democrático de la mayoría –en palabras de Ernst Wolfgang Böckenförde– es que “la toma de decisiones debe basarse de modo continuado en el consenso y de que, sobre todo en cuestiones de importancia política, debe estar orientada a lograr el consenso.”... “las decisiones democráticas tienen su punto de partida en, y se plantean desde, la participación de todos y el derecho a una igual cooperación política; surgen por tanto a partir de un proceso abierto y público de la formación de la voluntad política y de la búsqueda (parlamentaria) de la decisión, que está asegurado y configurado mediante un procedimiento. Y, de esa forma, están presentes en él también impulsos hacia el acuerdo y el compromiso, hacia una influencia recíproca entre mayoría y minoría.”<sup>72</sup> Lo cual implica, desde la perspectiva que estamos siguiendo, que en la democracia se deben tomar en cuenta tanto mayorías como minorías en la toma de decisiones, es decir, “las posibilidades generales de disposición de la comunidad política que vinculan tanto a la minoría como a la propia mayoría.” Estos acuerdos y estos consensos entre mayorías y minorías, tienen sus límites, no pueden pasar, en un estado democrático y de derecho, sobre los derechos fundamentales y del pluralismo, ya que estarían yendo en contra de las posibilidades de reproducción de la democracia.

La decisión democrática es, por lo tanto, aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas –precisamente las democráticas– y no sólo la adoptada mayoritariamente. Es en la inserción limitativa de la regla de la mayoría donde cobra sentido el estado democrático.<sup>73</sup>

Ahora bien, el hecho de que las mayorías y las minorías como representantes respeten en la toma de decisiones los derechos y las libertades fundamentales de las mayorías y minorías representadas, dependerá también de la organización política del estado, de acuerdo a los principios y garantías democráticos, tales como la libertad, igualdad, la participación, y dependerá además de la cultura política democrática y del espíritu en que se desenvuelve la democracia en un contexto históricamente determinado.

---

además, ser calificada como democrática, del mismo modo que, por ejemplo, si la regla de la mayoría se refiriera a las otras reglas de procedimiento democrático, tendríamos que admitir que se decidió mayoritariamente pero no democráticamente. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Op.cit. p. 69.

<sup>72</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Op.cit. p. 94.

<sup>73</sup> Antonio Manuel Peña Freire.. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Op.cit. p. 68 y 70.



### **1.5 Cultura política democrática. Su confrontación con el totalitarismo y el autoritarismo.**

La cultura es un elemento central en la construcción de las identidades de los individuos y de las sociedades a las cuales pertenecen dichos individuos. La dicotomía cultura y política es fundamental para comprender y explicar las características y el funcionamiento de las instituciones y de los sistemas políticos. Es por eso importante, el estudio de la cultura política democrática y su confrontación con el totalitarismo y el autoritarismo, para conocer en términos generales, que las caracteriza y cómo funcionan.

Un problema que se presenta al abordar estos temas es el de la conceptualización de la cultura política, el autoritarismo y el totalitarismo. La cultura política es un concepto inacabado y más cuando se relacionan cultura, política y democracia. La totalidad de los autores dedicados a estos temas, se encuentran constantemente con esta problemática de definición y conceptualización de la cultura y la política, la que no se reduce a un problema semántico. Estos pensadores no dudan en señalar la existencia de problemas teóricos de gran dimensión al enfrentarse con posturas distintas sobre la admisión de algunas respuestas<sup>74</sup>.

Por las anteriores razones es que se adoptan en este estudio, unas definiciones muy básicas para poder comenzar la tarea de ir construyendo un discurso que permita mostrar a qué nos estamos refiriendo con estos temas. A continuación se adopta una idea de cultura política, la cual puede ser definida de la siguiente manera: “el conjunto de símbolos, conocimientos, instituciones y prácticas asociadas al –y generadas por el-

---

<sup>74</sup> Al respecto se presentan cinco aspectos que resumen algunas de las dificultades con que se encuentran los investigadores a la hora de querer abordar el tema de la cultura y son: a. No contamos todavía con una definición común de cultura que sea capaz de suscitar el acuerdo de un número significativo de estudiosos. El concepto de cultura sigue corriendo el riesgo de convertirse en un “cajón de sastre” dentro del cual se amontonan, sin orden ni concierto, ideologías, valores, actitudes, símbolos, discursos, lenguajes y todo tipo de “productos culturales”. B. Sigue abierto el debate en torno a la objetividad o subjetividad de la cultura y sobre el grado en que ésta podría o debería ser abordada “científicamente”. C. Gran parte de la literatura sociológica acerca de las dimensiones de la cultura se ha producido en el seno de un debate de carácter estrictamente filosófico, mientras que sus aplicaciones al análisis social han sido mucho menos numerosas. D. Muchos autores siguen expresando sus dudas acerca del estatus de las ideas, de los valores y de otros conceptos centrales en el estudio de la dimensión cultural. E. Finalmente, existen numerosas interrelaciones, por no hablar de confusiones, dentro de los estudios culturales entre estilos metodológicos y asunciones y metateorías muy dispares.

ejercicio del poder estatal<sup>75</sup>. Otra definición de cultura política, se refiere, a aquel conjunto de significados compartidos de la vida política. Es decir, el conjunto de recursos empleados para pensar sobre el mundo político, lo que significa que es algo más que la suma de opiniones privadas de los individuos. Es la forma en que la gente construye su visión del sistema político y determina su posición dentro del mismo, por consiguiente, constituye el fundamento de la propia definición de los individuos como actores políticos, y se ubica, así, en la base de la idea de ciudadanía<sup>76</sup>. Se hace necesario, por tanto, conocer cuales son los símbolos, las prácticas y las instituciones que poseen algunos de los regímenes y sistemas políticos, tanto los democráticos, como el totalitario y el autoritario, tomando en cuenta la oposición de éstos últimos al primero.

Se ha escogido el totalitarismo y el autoritarismo como dos sistemas opuestos a la democracia, por ser, entre muchos otros modelos no democráticos, los que históricamente han estado presentes, o siguen estando presentes, en las realidades políticas de muchos países. Además, distintos y varios estudiosos de la política, la historia y la sociología se han dado a la tarea de examinar a estos regímenes políticos, y lo primero que han hecho es situarlos históricamente: coinciden en que estos dos modelos no democráticos son el totalitarismo y el autoritarismo.

En este sentido, la cultura política democrática es importante para el desarrollo de la institucionalidad democrática, fundamentalmente porque la democracia es el único sistema creado hasta ahora que permite tener una convivencia humana civilizada. La forma política democrática, dependerá, entre muchos factores que se han venido comentando, del grado de cultura política de los ciudadanos. Se reconoce que las sociedades hoy en día son plurales y que los individuos poseen universos políticos complejos, pero que, sólo desde la democracia es posible el respeto y reconocimiento de dichas diferencias. Una sociedad democrática cuyos miembros no poseen una cultura política democrática será una democracia frágil y endeble. Dada esta situación, cualquier otro sistema o régimen podrá sustituir al democrático con graves consecuencias en la libertad y dignidad humana.

---

<sup>75</sup> Giacomo Sani, *Cultura política*, en Norberto Bobbio, et al. Diccionario de política, México, siglo XXI, 1998, p.415 – 417.

<sup>76</sup> María Luz Morán, *Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural*, Zona abierta n° 77/78, Madrid, 1996/97, p. 7.

Un pueblo que posea una cultura democrática será un pueblo defensor de los derechos y las libertades individuales democráticas que le son propias. Es por esas razones, que el estudio de la cultura política es fundamental para conocer los factores y las variables que deben estar presentes a la hora del análisis de los sistemas políticos, y en especial, de la Democracia.

Dada la diversidad de teorías y críticas que sobre las mismas han hecho sociólogos, politólogos y filósofos, este estudio se centrará únicamente en resaltar y describir los aspectos que caracterizan a estas culturas políticas y cuál es la posición de la democracia frente a ella.

### **1.5.1 Cultura política democrática**

Por ser el tema de la cultura política democrática muy extenso, se hará una breve descripción de lo que debe entenderse por este importante elemento de la democracia. Por cultura democrática se puede entender: "las formas de conocimiento, normas, orientaciones, valores, tradiciones, creencias y prácticas asociadas a esa concreción histórica particular de la política en que consiste la democracia"<sup>77</sup>. Esta a la vez posee algunas condicionantes que permiten su realización.

Existe una lista, descrita por Robert Dahl de modo ejemplar, sobre algunos valores y actitudes que, si están presentes en la sociedad y más precisamente en las personas activas en política, favorecen la realización de una democracia, y son las siguientes: la creencia en la legitimidad de las instituciones: dentro de ciertos límites y con algunas calificaciones, como la creencia en la capacidad del sistema de resolver los problemas que tiene que afrontar (efectividad); la confianza recíproca entre los actores de un sistema político, es decir, creer en que ese marco jurídico político en el que pueden realizar sus oposiciones, divergencias, preferencias y consensos, que se traduce en la disponibilidad

---

<sup>77</sup> Giacomo Sani, *Cultura política*. Op.cit. p.p. 415 – 417.

para cooperar, sin excluir la posibilidad de competir, llegando a acuerdos y compromisos<sup>78</sup>.

Los primeros estudios que se realizaron sobre el tema de la cultura política democrática se les deben a Almond y Verba, teóricos clásicos de las ciencias políticas, cuyos métodos de análisis recogen los postulados de Parson, desarrollados sobre la base de la cultura cívica<sup>79</sup>. La conclusión a la cual llegaron fue que: la cultura democrática se caracteriza por la participación en una actividad política viva, por un compromiso civil moderado, por la ausencia de disensos profundos, por la confianza en el propio ambiente social, por el respeto a la autoridad, pero también por un sentido de independencia, y actitudes favorables hacia las estructuras políticas<sup>80</sup>. El elemento fundamental en las explicaciones de Almond y Verba es la cultura de la participación. Este elemento ha tomado en la actualidad un sentido importante para una nueva cultura política, ya que en las naciones del mundo está ampliamente difundida la creencia de que el individuo corriente es políticamente importante; que debe ser un miembro activo del sistema político. Este modelo de participación en la democracia, consiste, en que ofrece al hombre medio la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones políticas en calidad de ciudadano influyente.

La cultura política democrática es muy joven, no obstante en los países democráticos occidentales, “la compleja infraestructura de la política democrática –partidos políticos, intereses de grupo y medios de comunicación masiva-, así como la comprensión de sus móviles internos, normas operativas y precondiciones psicosociales penetran actualmente en la conciencia occidental” según Almond y Verba. Las normas y actitudes de los dirigentes políticos en la toma de decisiones, así como las normas y actitudes del ciudadano corriente, sus relaciones con el gobierno y con los demás conciudadanos, son algunos de los componentes culturales más sutiles en la democracia. Por tales razones, el

---

<sup>78</sup> Robert Dahl, *La Poliarquía. Participación y oposición*, traducción de Julia Moreno San Martín, Tecnos, Madrid, 1989, p. 117 – 147.

<sup>79</sup> No es el objetivo de este análisis utilizar las categorías de análisis de estos investigadores, sino mencionar algunas de las conclusiones a las cuales han llegado.

<sup>80</sup> Gabriel A. Almond, y S. Verba, *The civic culture revised*, Boston, Little, Brown & company, 1980, traducción castellana, *La cultura cívica*, Euramérica, 1970. Leonardo Morlino, *Las democracias*. En Gianfranco Pasquino, Capítulo 3. Et. Al. Manual de ciencia política, versión española de Pilar Chávarri, María Luz Morán, Miguel A. Ruiz de Azúa, Alianza, Madrid, 1996, p. 91.

modelo democrático requerirá algo más que las instituciones formales de una democracia, tales como el sufragio universal, los partidos políticos, la legislatura electiva<sup>81</sup>. No son suficientes los elementos formales e institucionales para que exista una real democracia. Aquí cobran importancia los elementos subjetivos del individuo, como sus creencias y valores con respecto al sistema político, pero también tienen importancia los elementos externos, muy especialmente sus actitudes, es decir, sus comportamientos concretos.

Los análisis de estos autores fueron criticados porque no lograban establecer el sentido de la relación entre creencias, valores y actitudes y los comportamientos concretos de los individuos y grupos sociales. La crítica más fuerte iba dirigida contra su falta de criticismo a la concepción parsoniana de la cultura como principal instrumento de cohesión social. Para los objetivos de este estudio, son importantes las conclusiones a las que Almond y Verba llegaron con respecto a la cultura política democrática, otra cosa es que sus métodos no permiten, a la luz de sus críticos, explicar los cambios y los conflictos sociales suscitados a raíz de los procesos de transformación que habían afectado a las sociedades avanzadas y que dieron origen a nuevos problemas.

Por tales razones, es que se agregan otros elementos que complementan a las conclusiones de estos estudiosos y que permiten tener otra perspectiva más amplia sobre la cultura política democrática. Si los dos autores buscaban elementos que permitieran fundamentalmente el consenso o la cohesión social a través de la participación, faltaría mencionar un elemento que permanece presente en las sociedades, y es el permanente conflicto social dadas las diferencias ideológicas y culturales de los individuos.<sup>82</sup>

El fenómeno del conflicto se encuentra presente en todas las sociedades, como reflejo, de que, tanto los individuos como las sociedades poseen diferencias, lo que trae como consecuencia la confrontación y el conflicto. Tomando los elementos del conflicto y el consenso, se puede decir que una cultura democrática descansa en la relación dialéctica entre conflicto y consenso. Max Weber reconocía el conflicto y el consenso, y explicaba

---

<sup>81</sup> Gabriel A. Almond y Sidney Verba, *La cultura política*. En Albert Batlle, *Diez textos básicos de Ciencia Política*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 173 - 174.

<sup>82</sup> María Luz Morán, *Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural*. Op.cit. p.p. 11 - 15

que la burocracia era el mecanismo institucional para lograr el consenso<sup>83</sup>. Alexis de Tocqueville fue el primero en vislumbrar a la democracia como aquella en que se dan tanto conflictos como consensos, que al surgir un conflicto venía posteriormente el consenso para solucionar ese conflicto, siendo el equilibrio entre estas dos realidades la solidaridad a través de la asociación de la comunidad<sup>84</sup>. Karl Marx planteaba que la dinámica a todo cambio dialéctico era la lucha de clases, aunque él nunca vislumbró la relación que se podía establecer entre el conflicto y el consenso, debido básicamente a su visión de desaparición del Estado y del Derecho, no se planteó la idea de una democracia institucionalizada.

Recapitulando, en una democracia es necesario que los individuos que poseen ideologías, creencias y actitudes diversas, confíen en que el derecho a la diferencia y a las preferencias pueden ser ejercidas sin que nadie ni nada los constriña.

La sociedad debe identificar que el sistema político en que pueden ejercer estas diferencias (ideológicas) y preferencias (políticas) con libertad, es la democracia. Por lo tanto, en una cultura política democrática se van a encontrar presentes dos aspectos: el primero es que las sociedades de hoy en día son complejas y plurales, por lo que, dada la diversidad ideológica y cultural, el campo político es el terreno en el cual se deben librar las luchas sociales<sup>85</sup>, dentro del marco del respeto y garantía de los derechos de los demás (Estado de Derecho). En segundo lugar, que la solución a los conflictos sociales generados por la diferencia se resuelven a través del consenso, basados en el diálogo, la discusión, y por que no decirlo, de la confrontación entre las diversas ideas.

Para que una sociedad pueda incorporar estos valores democráticos y llevarlos a la práctica, son necesarias algunas condiciones. Las condiciones que se indicarán a continuación no son suficientes para la realización de una cultura democrática, pero son

---

<sup>83</sup> Max Weber, *Escritos políticos*, Tomo I, traducción de Francisco Rubio Llorente, Eduardo Molina y Vedia, Romeo Medina y Adriana Sandoval, Folios Ediciones, México, 1982, p.p. 75 – 90.

<sup>84</sup> Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Tomo I y II, traducción de Dolores Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, 1989, del Tomo I p.p. 177 – 184; del Tomo II p.p. 243 – 280. Sobre el mismo tema, un estudio detallado y profundo de José María Sauca Cano, *La ciencia de la asociación de Tocqueville, Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, especialmente el capítulo IV, p.p. 505 – 601.

<sup>85</sup> María Luz Morán, *Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural*. Op.cit.

básicas desde el punto de vista de la cultura política para el establecimiento y desarrollo de la democracia.

Algunas de estas condiciones tales como: la difusión de la alfabetización, instrucción e instrumentos de comunicación y la ausencia de desigualdades económicas extremas, son desarrolladas por Robert Dahl<sup>86</sup>. La educación es importante y clave para el desarrollo de la democracia. No cualquier tipo de educación, sino aquella que permita a los individuos desde su niñez la vivencia práctica de los valores democráticos. De esta manera las personas conocen sus derechos y obligaciones, cuales son los mecanismos que la democracia pone a disposición de ellos para exigir que se respeten esos derechos. Aunque ya se ha mencionado anteriormente, la información para los fines de participación es fundamental en la democracia. Un pueblo con educación sabrá utilizar la información que llegue a sus manos, tomando en cuenta la influencia de opinión pública que puedan ejercer los medios de comunicación social. Estos medios de comunicación, en una democracia, no deben estar exentos de características democráticas, por su relevante papel en la sociedad, tal cual sería el pluralismo ideológico. Dado el pluralismo social, los Estados deben crear los mecanismos que permitan la creación de medios de comunicación que sirvan de canales y difusores de las ideas de los diversos sectores de ese pluralismo social, garantizando así, que la sociedad se beneficiará de la información y el debate sobre la base de la comunicación<sup>87</sup>.

Con relación a la ausencia de desigualdades económicas extremas, representa uno de los temas más delicados de la democracia, debido a que dicho tema toca intereses y necesidades económicas de los diferentes grupos sociales. Las sociedades modernas se encuentran con necesidades crecientes, y la pobreza se expande debido a los ajustes económicos que tocan a los bolsillos de grandes capas sociales, que no participan de los beneficios de esas economías. Es por eso, como se ha venido sosteniendo, la necesidad de que las desigualdades económicas no sean extremas, las cuales pueden ser combatidas a través del desarrollo económico y la justa distribución de la renta. Seymour

---

<sup>86</sup> Robert Dahl, *La poliarquía*. Op.cit. p.p. 77 – 100.

<sup>87</sup> Un análisis denominado *agenda-setting* ha proporcionado ya un volumen muy considerable de investigación acerca del modo en que los medios de comunicación seleccionan y dan forma a los problemas que pasan a formar parte de las “agendas” políticas. Los medios de comunicación establecen debates sobre problemas sociales, jurídicos o económicos sobre los cuales se produce la discusión pública, generando en

Lipset plantea que el desarrollo económico –industrialización, urbanización, la riqueza y la instrucción- está ligado y que forma un único factor que tiene su correlato político en la democracia<sup>88</sup>. Contrario a la opinión de Lipset, Leonardo Morlino, plantea, sobre la base de estudios recientes<sup>89</sup>, que esta asociación entre democracia y desarrollo económico se trata de “una correlación espúrea, llena de casos desviantes y en la que no está claro cuál es la dirección de la causación: si es el desarrollo económico, precisado y medido por las variables propuestas por Lipset o por otros, el que induce a la democracia, o a la inversa”.

Estas visiones las conjuga Leonardo Morlino y concluye lo siguiente: “instrucción, comunicación, pluralismo social y ausencia de desigualdades extremas son los presupuestos más seguros de un posible ordenamiento democrático; tales fenómenos no están ligados necesariamente al desarrollo económico: también pueden encontrarse en sociedades pre-industriales; en el mundo moderno en que cada vez está más difundida una economía industrial, es muy frecuente encontrar en los últimos decenios una fundada correlación entre industrialización, urbanización, crecimiento de la renta *per capita*, por una parte, y los otros fenómenos citados por otra”<sup>90</sup>. Por lo tanto no existe un nexo único y necesario entre fenómenos socio-económicos y políticos. En este sentido, democratización e industrialización son –en palabras de Reinhard Bendix- “dos procesos, uno distinto del otro, aunque a veces se presentan estrechamente ligados”<sup>91</sup>.

Dadas las anteriores condiciones, que son necesarias pero insuficientes, se puede hablar de democracia y de democratización, es decir, una sociedad que participa en las decisiones políticas sobre la plataforma de la educación, información, impulsada por sus creencias y sus valores que los vincula a toda una institucionalidad que le permite ser voz

---

muchas ocasiones las políticas públicas. María Luz Morán, *Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural*. Op.cit. p. 16.

<sup>88</sup> Seymour M. Lipset, *Political Man. The Social Bases of Politics*, , Doubleday & Co., Nueva York , 1960, pp. 46 – 47.

<sup>89</sup> Menciona el realizado por Neubauer, D. E. *Some Conditions of Democracy*, en *American Political Science Review*, 61, 1967.

<sup>90</sup> Leonardo Morlino, *Las democracias*. En Gianfranco Pasquino, Capítulo 3, et. Al. Manual de ciencia política. Op. cit. p. 94

<sup>91</sup> Reinhard Bendix, *National Building and Citizenship*, Wiley & Sons, Nueva York, 1964; traducción castellana, *Estado nacional y ciudadanía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974. Y citado por Leonardo Morlino, *Las democracias*. En Gianfranco Pasquino, Capítulo 3, et. Al. Manual de ciencia política. Op. cit. p. 98.



y ser escuchado, sin temor a represalias, ni a persecuciones por sus ideas y actividad política.

### 1.5.2 El totalitarismo

Como se ha visto, la cultura política está provista de elementos tales como los valores, las creencias y las actitudes de los pueblos. Los regímenes contrarios a la democracia han estado sustentados, al menos en sus inicios, por el apoyo de grandes masas populares. Para evitar la confusión y el descalabro humano que traen estos regímenes antidemocráticos, es necesario conocer cuales son sus características principales. El totalitarismo ha sido uno de los regímenes que se contraponen a los principios y prácticas democráticas.

Como se describe más adelante, el totalitarismo se aprovecha de la violencia institucionalizada del Estado, haciendo uso de la fuerza y el control mental (ideológico) limitando o anulando la libertad, lo que trae en consecuencia la vulneración de la dignidad humana, pilar fundamental de la democracia. Estos mecanismos no son más que instrumentos para el mantenimiento del régimen y el logro de sus fines cualesquiera que sean.

A continuación se describen algunos conceptos sobre el totalitarismo y las respectivas críticas sobre dichos conceptos, para luego extraer algunos aspectos que los caracterizan en forma general.

La autora del libro "El uso de las ideas políticas"<sup>92</sup>, presenta tres modelos conceptuales sobre el totalitarismo y las críticas a dichos modelos conceptuales. Propone como una de sus conclusiones, dejar de lado el concepto de totalitarismo, lo cual no significa convalidar las prácticas de los Estados reconocidamente totalitarios, permitiendo, de esa manera, ampliar la conciencia y la sensibilidad acerca de los aspectos potencialmente totalísticos en los que puede caer cualquier sociedad que no posea una bien cimentada cultura democrática.

---

<sup>92</sup> Barbara Goodwin, *El uso de las ideas políticas*, traducción de Enrique Lynch, Península, Barcelona, 1993.

*La concepción fenomenológica.* Este concepto hace una explicación de los métodos e instituciones políticas del totalitarismo. Friederich y Brzezinski<sup>93</sup> sostienen que el Estado totalitario está constituido por:

1. Una ideología oficial que incluye una visión acerca del Estado ideal, creencia que resulta compulsiva para los ciudadanos. La heterodoxia es castigada.
2. Un partido único, burocrático y jerárquico, conducido, generalmente, por un solo hombre.
3. Una policía terrorista.
4. Un monopolio de las comunicaciones.
5. Un monopolio de las armas.
6. Una economía centralizada.

Este modelo conceptual ha sido criticado por Goodwin, en cuanto a que esta concepción fenomenológica confunde lo que es un conjunto de métodos políticos con un objetivo político homogéneo. Es insatisfactorio, según ella, definir un concepto político puramente en términos de apariencias y características que pueden ser accidentales, como lo hacen Friederich y Brzezinski, puesto que da lugar a los problemas mencionados y no explica la naturaleza o la motivación que anima al Estado totalitario<sup>94</sup>. Otro de las críticas por parte de ésta autora a la concepción fenomenológica es que los Estados no totalitarios pueden presentar algunas de las seis características observadas. En efecto, en algunos casos como en el de países cuyo modelo económico es el planificado, su economía puede ser centralizada, o en países liberales existir monopolio en las comunicaciones, y que no son representativos de un Estado totalitario.

*La concepción socio-histórica.* Hanna Arendt<sup>95</sup>, intenta explicar desde la historia y de la cultura política, las raíces y la naturaleza del totalitarismo. Identificó cuatro condiciones esenciales para la formación de un Estado totalitario:

---

<sup>93</sup> C. J. Friederich y Z. Brzezinski, *Totalitarianism, Dictatorship and Autocracy*, 2ª. Ed., Harvard U. P., 1965, p.p. 21 – 22.

<sup>94</sup> Barbara Goodwin, *El uso de las ideas políticas*. Op. cit. p. 210.

<sup>95</sup> Hanna Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, edición revisada, Allen & Unwin, 1967.

1. Derrumbe de la clase y la comunidad durante y después de la guerra, debido a la industrialización acelerada y a la expansión de las doctrinas individualistas liberales.
2. La masa sin experiencia política es emancipada súbitamente, pero su falta de cultura política y su ignorancia sobre los procedimientos democráticos la convierten en presa fácil para los líderes demagógicos.
3. Se genera artificialmente una <<solidaridad negativa>> en el marco de la masa de individuos afectados por las condiciones 1 y 2; no obstante, esto no tiene ninguna de las connotaciones positivas de la <<solidaridad de clase>>. Los individuos intentan superar su aislamiento y buscan una identidad personal a través de actividades masivas, tales como vastas campañas políticas. Intelectuales que han sido desplazados se unen al movimiento en busca de una identidad semejante, y lo legitiman.
4. Un requisito para una sociedad totalitaria es contar con una gran población, puesto que tales Estados generan habitualmente cohesión interna a través de la creación y persecución de chivos expiatorios en gran escala.

Estas cuatro condiciones son para Arendt condiciones históricas objetivas. Para la profesora Goodwin "La concepción socio-histórica tampoco presenta pruebas de que el totalitarismo sea un fenómeno político homogéneo o una ideología política característica. La teoría de Arendt está fundada en el caso especial de Alemania Nazi de los cuales extrae leyes generales a partir de ejemplos singulares, como es el caso estudiado por ella. Goodwin opina que si las condiciones 1 y 2 pudieran resolverse por otros medios, el riesgo del totalitarismo se eliminaría completamente<sup>96</sup>.

Otro análisis histórico del totalitarismo que nos presenta Barbara Goodwin es basado en la obra de Weiss que hace su estudio en la experiencia Alemana. La tesis de Weiss<sup>97</sup> trata de explicar el fascismo o <<derecha revolucionaria>>, como una reacción de los grupos de derecha durante los períodos de rápido cambio social y modernización, cuando los liberales <<progresistas>> y los radicales se convierten en la clase dominante y otros grupos sufren anomia. Esta reacción era la manifestación del odio que manifestaba la

---

<sup>96</sup> Barbara Goodwin, *El uso de las ideas políticas*. Op. cit. p. 212.

<sup>97</sup> H. J. Weiss, *The Fascist Tradition*, Harper & Row, 1967.

derecha hacia el liberalismo y el comunismo, auto nombrándose el nazismo en esta situación como “la tercera vía”. Frente al fracaso liberal y frente al Estado comunista, el nazismo se propuso como la solución de la situación en que se encontraba Alemania, como una tercera vía, cuyos elementos derechistas rechazaban la urbanización y sus efectos, el aumento de la delincuencia y la criminalidad, contemplando la creación de un Estado orgánico y la exaltación de las virtudes campesinas.

Las críticas de Goodwin al análisis de Weiss son las mismas que le hace a Hanna Arendt: “Los análisis de Arendt y Weiss muestran con claridad que cualquier tentativa de comprender el fascismo y el comunismo como movimientos históricos tiene el efecto inevitable de disolver la noción de totalitarismo en un fenómeno general, unificado”.

*El análisis esencialista.* Es otro modelo que aborda el fenómeno del totalitarismo. La definición esencialista del totalitarismo Goodwin<sup>98</sup> lo resume como “un <<método total para el logro de un objetivo total>>, que, según Popper<sup>99</sup>, se originaba en Platón, y según Talmon, en Rousseau<sup>100</sup>. Estos autores, que participan del análisis esencialista del totalitarismo, sostienen que el totalitarismo estaba implícito en obras de la teoría política desde los tiempos clásicos, tratando de buscarle un fundamento teórico doctrinario al totalitarismo. La crítica que se puede hacer al concepto esencialista, siguiendo a Goodwin, es que “como sistemas totalitarios no podía haber existido antes de la sociedad industrial avanzada, en la medida en que muchas de sus características dependen de la alta tecnología y de las comunicaciones eficaces, de modo que sugerir que el totalitarismo es uno de los temas perpetuos del pensamiento político debe ser considerado como un sin sentido<sup>101</sup>. No se puede negar que en las ideas desarrolladas por algunos pensadores clásicos se encuentren aspectos totalitarios como es el caso de Rousseau<sup>102</sup>, pero

---

<sup>98</sup> Barbara Goodwin, *El uso de las ideas políticas*. Op. cit. p.p. 212 y 217.

<sup>99</sup> Karl R. Popper, *The Open society and Its Enemies*, Routledge & Kegan Paul, 1962, vols. 1 y 2. Versión en castellano, *La sociedad abierta y sus enemigos*, traducción de E. Loedel, trad. De la addenda por A. Gómez Rodríguez, Paidós, Barcelona, 1994.

<sup>100</sup> Jacob L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Praeger, 1960. Versión en castellano, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, traducción de M. Cardenal Iracheta, Aguilar, México, 1956.

<sup>101</sup> Barbara Goodwin, *El uso de las ideas políticas*. Op. cit. p. 212.

<sup>102</sup> Eusebio Fernández García opina que Rousseau, con respecto al Contrato Social, hace una teoría de la legitimación del Estado, frente a la crítica de Lucio Colletti para quien Rousseau es un precursor y defensor de la extinción del Estado, en el sentido de que más tarde elaborarán Marx y Lenin. “La interpretación de L.

tampoco se puede pensar de manera absurda que sus aportes a la democracia de hoy en día no son básicos para la comprensión de la vida en sociedad y el Estado.

Habiendo hecho un breve repaso de algunos conceptos y características que sobre el totalitarismo se han escrito se pueden destacar los siguientes aspectos: el totalitarismo es un régimen en el que se distingue la figura del jefe sobre los súbditos, como principio director de un estado que solo es realizable metafísicamente (encarnación alma): el jefe es el principio director de ese Estado total, es quien posee la verdad absoluta para la realización de una idea metahistórica de Estado. Entre los súbditos, el control mental e ideológico a que se someten les produce las siguientes consecuencias: un permanente miedo, incertidumbre e inseguridad individual y colectiva, irresponsabilidad, ausencia de un espíritu crítico en los ciudadanos, respeto irrestricto a la jerarquía del partido – Estado y la sumisión a la autoridad. Estas características generales del totalitarismo, en su conjunto, alientan la servidumbre mental y el sometimiento a un régimen político que se caracteriza por el afán de controlarlo todo y subordinarlo todo a un proyecto de salvación histórica en la que los individuos no cuentan más que como alimento de algo desde todo punto de vista más importante que ellos: los fines de la historia. Los casos documentados y en los que existe consenso entre los estudiosos de la política son dos: el nazismo y el comunismo soviético<sup>103</sup>.

### 1.5.3 El autoritarismo

Una vez planteada a grandes rasgos la cultura política totalitaria, queda por avanzar hacia una caracterización de la cultura política autoritaria. El autoritarismo se diferencia al

---

Coletti me parece (E. Fernández) incorrecta, pues creo ver en el Contrato Social rousseauiano más bien una teoría de la legitimación del Estado, no exenta a veces de elementos sacralizadores y casi totalitarios”. Estos elementos los encuentra Eusebio Fernández en “puntos concernientes a la voluntad general y a la figura <<salvadora>> del legislador si sea posible un acercamiento de las concepciones rousseauianas a las ideas marxistas, y fundamentalmente leninistas, sobre la dictadura del proletariado o la función del Partido Comunista.” Y dice más adelante: “Existen realmente en el pensamiento de Rousseau elementos antidemocráticos, como son la concepción de la voluntad general como voluntad siempre recta, no identificable con la voluntad de todos, o la necesidad de un guía legislador que muestre al pueblo el buen camino, o algunas ideas expresadas en el capítulo del Contrato Social dedicado a la religión civil”. Eusebio Fernández García, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1991, p.p. 162 – 163.

<sup>103</sup> Ver al respecto: Francois Furet, *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 221; Ernst Nolte, *Después del comunismo. Aportaciones a la interpretación de la historia del siglo XX*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 96, 124, y 127.

totalitarismo en que no se alimenta de una doctrina metahistórica, no aspira a ejercer —ni logra— un control total sobre la sociedad ni descansa sobre una verdad absoluta de la que es fiel intérprete un jefe. El autoritarismo ha sido una respuesta al desorden, al caos y la desintegración sociales.

Sobre el autoritarismo se puede resumir diciendo que se caracteriza por la marginación de la sociedad civil en relación a la política, bajos niveles de participación social, pluralismo limitado, ausencia de garantías reales para el ejercicio de los derechos civiles y políticos, existencia de un partido único articulado con el Estado y centralización del poder político en manos de un líder o de una coalición, con el respaldo en algunas ocasiones de las Fuerzas Armadas o de los cuerpos de seguridad policiales.

Es necesario precisar que muchos de los regímenes autoritarios han nacido con el apoyo de grandes mayorías. Durante el desarrollo del régimen, los jefes o los caudillos de esos regímenes, hacen consultas populares para legitimar su poder o sus decisiones (en algunos momentos de su evolución). Muchos de éstos sistemas han sido denominados por sus dirigentes, o por la gente misma, como régimen democrático, por la participación de las personas en estas consultas, lo cual como se verá, es una forma de encubrir la verdadera cara del autoritarismo.

No obstante lo dicho anteriormente, en una sociedad dominada por un régimen autoritario se generan ciertos valores, normas, actitudes y comportamientos relativos al ejercicio del poder y al papel de los ciudadanos ante el mismo. Es decir, se genera una determinada cultura política autoritaria. ¿Cuáles son los rasgos de la cultura que nace bajo el reinado autoritario?. En primer lugar, *el miedo frente al sistema, generalmente, pero no exclusivamente, ante los militares y los grupos paramilitares*. No se trata de un miedo difuso, sino de un miedo cuyos desencadenantes están bien identificados. Se tiene, además, plena conciencia de las consecuencias personales y familiares que se siguen para quienes son puestos en la mira de los aparatos represivos estatales y privados: la persecución, la tortura, la desaparición y el asesinato.

En segundo lugar, *desmotivación, desconfianza y falta de movilización ciudadana a participar directamente en la política*. En efecto, el miedo desmoviliza política y socialmente, pero no sólo eso: el miedo puede llevar al rechazo activo de cualquier

compromiso ciudadano con la política. Bajo los autoritarismos, los ciudadanos terminan por renegar de la participación política, ya que su participación propició –al desbordarse– el arribo de los militares o de un gobierno civil autoritario al poder y pone a los ciudadanos en la mira de las autoridades.

En tercer lugar, *renuncia a la vida pública*. Los ciudadanos no quieren - ni pueden - exponerse, ni ellos ni sus ideas, en el espacio público, pues ello facilitaría su identificación por los aparatos de seguridad del Estado. Así nadie quiere ser identificado públicamente, para lo cual, nada más conveniente que el ensimismamiento personal y familiar.

Por último, *la privatización de las prácticas sociales*. La renuncia a la vida pública tiene como contrapartida una privatización de lo que antes se hacía fuera de los límites del propio grupo familiar. El espacio público es abandonado, mientras que el tiempo y las actividades que antes se les dedicaban – juegos, reuniones de barrio, etc.- desaparecen o son reinsertadas en el espacio privado, que progresivamente va consumiendo el tiempo personal y familiar. En definitiva, la cultura política autoritaria se articula en torno a los siguientes ejes: el miedo, la desconfianza o desmotivación ciudadana a participar, la renuncia a la vida pública y la privatización de las prácticas sociales<sup>104</sup>.

En consecuencia, si tomamos la cultura política como el conjunto de actitudes, normas y creencias compartidas más o menos ampliamente por los miembros de una determinada unidad social y que tienen como objeto fenómenos políticos, podemos concluir que tanto las actitudes, como las normas y las creencias, entre culturas democráticas, totalitarias y autoritarias, son distintas y diferenciables. No en el caso de las actitudes en las culturas totalitarias y autoritarias, el elemento psicológico es un elemento común (basado en hechos reales de limitación y vulneración de los derechos de libertad e incluso la vida) e importante para el mantenimiento de esos sistemas, que se basan en la cultura del miedo y del terror, por lo cual crean entre los ciudadanos las desconfianzas y las faltas de participación pública y política, contrario a lo que pretende la democracia. Algunos

---

<sup>104</sup> Mario Soppino, *Autoritarismo*. En Norberto Bobbio, *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México, 1998, p. 126; Juan Linz, *La quiebra de las democracias*, Alianza, Madrid, 1993; Manuel Antonio Garretón, *Hacia una nueva era política. Estudio sobre las democratizaciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 185; Leonardo Morlino, *Los autoritarismos*. En Gianfranco Pasquino, Capítulo 4, et. Al. Manual de ciencia política. Op. cit. p. 131

ciudadanos estarán convencidos y apoyarán, por diversas razones, a estos regímenes no democráticos<sup>105</sup>; pero la explicación a eso se da desde el pluralismo de la realidad social, que es negado en estos regímenes y respetado dentro del marco de la constitucionalidad en la democracia.

Por otra parte hay que tener claro que puede haber una estructura política formal democrática, pero que contraria a ella exista una cultura política no democrática, por lo que ambos planos chocan entre sí. Es el caso de aquellos países que han salido de regímenes autoritarios o totalitarios, que al entrar en un proceso de transición democratizador, cambian sus normas jurídicas, se crea una nueva institucionalidad o se reforman las ya existentes, pero en cambio la cultura política sigue siendo la misma, es decir, las actitudes, y las creencias del régimen político del que se pretende salir aún continúan presentes<sup>106</sup>.

En resumen, la cultura política democrática se nutre de, al menos, los siguientes elementos: confianza en las instituciones, valoración positiva de la crítica pública, disposición a participar, rechazo de la violencia estatal y privada, tolerancia, un espíritu de moderación, aceptación de la libertad, convencimiento de los ciudadanos de ser, como individuos, sujetos con derechos inalienables, y desconfianza ante cualquier propuesta redentora social o política. Como señala Robert Dahl, “la perspectiva de una democracia estable en un país se ve potenciada si sus ciudadanos y sus líderes defienden con fuerza las ideas, valores y prácticas democráticas. El apoyo más fiable se produce cuando esos valores y predisposiciones están arraigados en la cultura de un país y se transmiten, en gran parte, de una generación a otra. En otras palabras, si el país posee una cultura política democrática”<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Norberto Bobbio, *Diccionario de Política*. Op.cit. p. 415 – 417.

<sup>106</sup> Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter y Lawrence Whitehead, [compiladores], *Trancisiones desde un gobierno autoritario*, Vol. 4, traducción de Leandro Wolfson, Barcelona, Paidós, 1994.

<sup>107</sup> Robert Dahl, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Op.cit., p. 178.



## **1.6 Conclusión: el concepto de democracia**

Para concluir hay que recordar cual era el objetivo y la finalidad de éste primer capítulo. El objetivo que se pretende, es la construcción de una definición de la democracia que sirva como marco teórico para abordar el fenómeno de la función del poder judicial en países que se encuentran en una transición hacia la democracia, como es el caso de El Salvador.

Para lograr este objetivo se estudiaron los diferentes modelos de democracia desarrollados por autores que han abordado estos temas. Luego se obtuvieron los elementos básicos de dichos modelos que se apegaban más a la idea de democracia que se ha pretendido construir con el concepto. Por lo tanto, se tomaron como elementos básicos del concepto de democracia cinco grandes aspectos: a) la democracia como sistema político; b) la democracia entendida como la interrelación entre aspectos del ser y el deber ser (hechos y valores, democracia descriptiva y prescriptiva); c) la democracia como representación y sus principios; d) el principio de la mayoría y sus límites; e) el elemento cultural como factor necesario para el desarrollo de la democracia.

En este sentido, se dejaron fuera muchos elementos que desde las teorías de los modelos de democracia pudieron haber sido abordados e incluidos, pero que desde la perspectiva metodológica adoptada no era factible tratar todos y cada uno de esos aspectos. Por eso se centró la investigación en recoger los elementos antes mencionados que son, en definitiva, los que recogería un concepto básico de democracia.

Por lo anteriormente mencionado y tomando como base el contenido de los conceptos investigados se pasa a establecer el concepto de democracia en los siguientes términos:

La Democracia es un sistema político de participación indirecta, constituida por los principios de la representación, tales como, la independencia parcial de los representantes en la toma de decisiones, la libertad de opinión pública y libertad de expresión, el carácter periódico de las elecciones y el juicio mediante discusión; la Democracia se encuentra sustentada y se basa en valores como la libertad, la igualdad, la autodeterminación, el pluralismo político, el bien común y el interés general, los cuales

garantizan y pretenden darle contenido a la dignidad de la persona humana, que se convierten y deben ser objetivos y marcos de referencia normativo para el ejercicio y desarrollo de la democracia. Las interacciones entre estos ideales, valores y normas, y los hechos de la realidad fácticamente establecidos (competencia libre y no violenta entre líderes con una revalidación periódica de su derecho para gobernar; inclusión de todos los cargos políticos efectivos en el proceso democrático), hacen que por un lado estos ideales, valores y normas se conviertan en el empuje de la democracia hacia la realización de esos principios; por otro lado, los hechos de esa realidad se conviertan en la resistencia práctica de la democracia, fundada esta interacción en una cultura política democrática que hace posible su desarrollo.

Por ende, un sistema democrático no descansa en el poder irrevocable de un jefe ni en el poder de un líder o una coalición de partidos, sean civiles o militares, ni el poder absoluto de una institución. El sistema democrático exige tanto la participación ciudadana como la discusión y la crítica públicas. Es decir, la democracia supone la presencia ciudadana en el espacio público, espacio donde se examinan, se valoran y critican los problemas socio – políticos y donde se proponen alternativas razonables de solución a los mismos que sean aceptables para la mayoría, pero que tomen en consideración los intereses de la minoría. Esto implica confianza en la institucionalidad del estado y en sus órganos políticos y de gobierno, participación, aceptación del pluralismo y la diversidad cultural, sometimiento y aceptación de la ley como modo civilizado de convivencia, en fin, implica una cultura política democrática.

Ahora bien, en un estado organizado políticamente como democracia, ¿quién garantiza en última instancia que esos principios y valores democráticos se respeten y sean vigentes, y no meras declaraciones normativas?. Desde la perspectiva de un estado de derecho se sabe que en principio la administración, junto a los otros órganos del estado, garantiza o debe garantizar la vigencia de estos principios y derechos democráticos. Pero en última instancia, como se ha dicho, es la función del Poder Judicial lo que garantiza la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales de los gobernados. Lo anterior sería el inicio para configurar el papel que debe jugar el poder judicial en una democracia.

Por otra parte, ¿qué sucede en países que aún no viven la democracia tal como se ha descrito en esta conclusión?, y que además son países que han salido de regímenes

totalitarios o autoritarios (como podrían ser los casos de los países de Europa del Este y muchos países latinoamericanos). Cabe hacerse otra pregunta más específica siguiendo las líneas de investigación anteriormente trazadas: ¿cuál es el papel del poder judicial en países que están en procesos de transición hacia la democracia?. Para responder estas preguntas, se desarrollarán, en el capítulo que sigue el concepto de Estado de Derecho y en el tercer capítulo el tema sobre el poder judicial en democracia. Las relaciones entre Estado de Derecho, Democracia y Poder Judicial son fundamentales para comprender el entramado jurídico, político y de eficacia del derecho en un Estado en el cual la Constitución enmarca el ser pero también el deber ser de la organización política e histórica de un estado determinado como democrático.

## **CAPITULO II**

### **El Estado de Derecho**

Hasta este momento se ha desarrollado el concepto de Democracia sobre el cual se está construyendo el marco teórico conceptual para comprender el papel que debe jugar el Poder Judicial en una democracia, y más específicamente, el papel que debe jugar en aquellos países que están en la transición de regímenes no democráticos a un sistema democrático.

La Democracia, entre otras cosas, requiere que sus principios, reglas y valores estén normados, es decir, que para garantizar la Democracia es necesario que sus fundamentos estén regulados por el Derecho. El Estado de Derecho, por tanto, juega ese papel definitorio y regulador de los elementos y principios de la Democracia.

Por lo tanto en este segundo capítulo, se desarrolla teóricamente el concepto de Estado de Derecho, teniendo en cuenta el fundamento filosófico y su desarrollo histórico. El conocimiento de la evolución histórica y teórica que el Estado de Derecho ha tenido, es un punto importante para ver de qué manera el concepto ha ido cambiando de acuerdo con las exigencias históricas de cada momento y cómo esta evolución ha configurado un tipo determinado de juez, aspecto que se desarrolla en el capítulo tercero.

El estudio parte de una breve reseña de los elementos básicos del Estado de Derecho, para luego desarrollar el origen del contenido del concepto. El repaso histórico es clave para comprender el origen y la esencia de los Derechos Fundamentales, los cuales se configuran como uno de los objetivos y fines en que se basa el Estado de Derecho. Seguidamente se analizan los modelos de Estado de Derecho, el Estado Liberal y el Estado de Bienestar Social o Estado Social de Derecho. Esto permite conocer las respuestas a las exigencias históricas de las nuevas clases sociales emergentes frente a la burguesía en el poder, desde la crisis del Estado Liberal hasta el diseño del Estado Social de Derecho en su forma de Estado Constitucional.



Uno de los aspectos importantes en el momento de tener en cuenta el papel del gobierno, de los legisladores y del Poder Judicial dentro del Estado de Derecho, es conocer su sometimiento a la Constitución y a las leyes y, dentro de ese sometimiento, el papel de los principios en el Estado de Derecho. Por eso que se hace un análisis del papel de los principios en el Estado de Derecho y su relación con los poderes del Estado.

Para ir finalizando, dentro del recorrido de la concepción que se maneja sobre el Estado de Derecho, es obligado hacer una relación conceptual entre Estado de Derecho y Democracia. Como se verá, Estado de Derecho y Democracia no necesariamente coinciden en la realidad, pero para garantizar y tutelar los Derechos Fundamentales es necesario que dichos conceptos se relacionen y sean eficaces. Por tanto, la plena vigencia de los derechos fundamentales que giran alrededor de la dignidad humana depende de un modelo de organización social, como es el Estado de Derecho Democrático.

## II.1 Elementos básicos de un Estado de Derecho

### II.1.1 El imperio de la ley

Elías Díaz en su definición de Estado de Derecho menciona uno de los elementos que son necesarios e imperativos mencionar a la hora de estudiar al Estado de Derecho y es el siguiente: “ El Estado de Derecho es el imperio de la ley: exige, por tanto, la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado; y de todos los poderes no estatales, sociales, económicos y demás, y de todo los ciudadanos, por supuesto”<sup>1</sup>.

Otra definición sobre el Estado de Derecho es la que aporta el profesor Ramón Bayod y Serrat, que lo define de la siguiente manera: “el Estado de Derecho es aquel en el que los órganos decisorios del poder respetan y aplican, en cada momento dado, y frente a una situación creada, el ordenamiento legal en vigor, preexistente, de conformidad con el principio de seguridad jurídica, en los ámbitos administrativo, civil y penal que puedan afectar a los intereses de las personas como sujetos de Derecho”<sup>2</sup>.

En las anteriores definiciones se observar que el punto esencial del Estado de Derecho es el imperio de la ley, entendido como el sometimiento de todo poder, sea público o privado, a las normas y reglas establecidas por la ley. Históricamente, el imperio de la ley viene a sustituir a la manifestación de la voluntad soberana del monarca por la voluntad soberana del pueblo, cuyos intereses y valores se expresan en la ley, lo que el mismo Elías Díaz denomina “legitimidad legalizada”.

La sumisión y la subordinación a la ley de los órganos decisorios del poder deben respetar y aplicar la ley y la Constitución, además de hacerlo de conformidad con el principio de seguridad jurídica, en los diferentes ámbitos jurídicos y jurisdiccionales tales como los administrativos, penales, civiles, que afectan a las personas como sujetos de derechos.

---

<sup>1</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, Madrid, 1998, p. 11.

<sup>2</sup> Ramón Bayod y Serrat, *Estado de Derecho y Poder Político*, Grefol S.A., Madrid, 1987, p. 46.

En la obra “Derecho y Razón”, Luigi Ferrajoli utiliza el concepto de Estado de Derecho en sentido fuerte, estricto o sustancial, como Estado Constitucional de Derecho, en el que cualquier poder está limitado por ley, que condiciona no solo sus formas sino también sus contenidos. Este concepto de Ferrajoli requiere que la legalidad en sentido estricto o validez sustancial, como él lo señala, estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión. Este tipo de Estado de Derecho posee dos características que son propias de las Constituciones modernas: a) en el plano formal, principio de legalidad que consiste en la subordinación de todo poder público –administrativo, judicial y legislativo- a leyes generales y abstractas, y sometidas a control jurisdiccional, sea ordinaria o de Tribunales Constitucionales; b) en el plano sustancial, funcionalización de los poderes del “Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución...”<sup>3</sup>

Revisando un poco la historia nos encontramos que desde Aristóteles se hablaba que era preferible “el gobierno de las leyes” al “gobierno de los hombres”. Cuando se buscaba un sistema que superase al anterior régimen monárquico absoluto se pretendía construir sobre la base de un nuevo poder para la ley, entendida como manifestación democrática de la voluntad general, y convertirla, a su vez, en el instrumento de una nueva manera de ejercer el poder mismo. Era el abandonar las formas del legalismo arbitrario de la monarquía absoluta o el legalismo desigual de la sociedad feudal, por una nueva concepción de la ley y de la cultura. Se trataba de la construcción de un nuevo orden normativo que necesitaba una nueva cultura. La fuerza de estas ideas se vuelve transparente en Rousseau: “Cuando se ve como en los pueblos más dichosos del mundo un montón de campesinos arreglaba bajo una encina los negocios del Estado, conduciéndose siempre sabiamente, ¿puede uno dejar de despreciar los refinamientos de otras naciones que se vuelven ilustres y miserables con tanto arte y tanto misterio? Un Estado así necesita pocas leyes, y cuando se hace necesaria la promulgación de otras nuevas, tal necesidad es universalmente reconocida. El primero que las propone no hace más que interpretar el sentimiento de los demás, y sin intrigas ni elocuencias, pasa a ser

---

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Op. cit. p. P. 856 - 857

ley lo que de antemano cada cual había resuelto hacer una vez seguro de que los demás harán como él.”<sup>4</sup>.

Como se podrá comprobar, el elemento de la legalidad es lo que más caracteriza al Estado de Derecho, pero esa legalidad deberá poseer una característica como es el respeto y reconocimiento esencial de los Derechos fundamentales. La razón de ser del sistema de legalidad y de los ordenamientos jurídicos y el Estado mismo, es la dignidad de la persona humana y las garantías a los Derechos Fundamentales, reconocidas en las modernas Constituciones<sup>5</sup>.

### **II.1.2 La separación y el equilibrio entre poderes: límites, controles y vínculos.**

El artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano dicta que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución...”<sup>6</sup>.

Este precepto alude a dos principios que se han venido mencionando en el transcurso de la investigación y son: el primero es el principio de legalidad, como manifestación del imperio de la ley, en la que todos los poderes sean públicos o privados deberán someterse a los dictados de la ley como garantía de los derechos fundamentales; el segundo es el principio de la división de poderes, que como se verá más adelante, es un

---

<sup>4</sup> Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, libro IV. Op. cit. Cap., I

<sup>5</sup> Según Luigi Ferrajoli la constitución es un sistema de vínculos y equilibrios el cual debe ser reconocida como la principal garantía de la Democracia. La Constitución no debe ser vista solo desde la perspectiva formal, es decir, como “conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría; sino también desde el punto de vista sustancial, en cuanto sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista, en garantía de la igualdad y de las necesidades vitales de todos. Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la Democracia se funda en una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho, según el viejo esquema positivista, el cual no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático – representativo es posible garantizar, sino que está también programado en sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales. AA.VV, *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Luigi Ferrajoli *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, p. 22

<sup>6</sup> Christine Fauré, *Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. Op.cit. p. 12.



principio que dada las actuales circunstancias de la realidad y de la historia es complejo y de difícil tratamiento, pero como garantía de los derechos fundamentales debe estar reconocido y desarrollado en la Constitución como un modo de organización política del Estado y, como una forma de control y límites al ejercicio de los diferentes poderes Estatales. Aunque en la teoría moderna se prefiera hablar de funciones, el principio de división de poderes como organización jurídica del Estado, no debe ser comprendida con la rigidez con que fue concebida. Esto se debe, hoy más que nunca, a que los poderes se encuentran vinculados unos con otros en un engranaje político y social, cuya comprensión se encuentra en la constitucionalización de los mecanismos y procedimientos que canalizan sus influjos en el juego de intereses y valores de los diferentes grupos sociales.

La complejidad con la que se desarrollan las sociedades hoy en día, hace cada vez más complejo el tratamiento, por parte del derecho, de los distintos fenómenos que se dan en las etapas de avances o retrocesos que las mismas sociedades van sufriendo. El derecho como reflejo de la realidad social pero a la vez influyente en la transformación y en el establecimiento de pautas de conducta social a través de lo que se ha denominado legitimidad eficaz, término acuñado por Norberto Bobbio, es entre los varios elementos constitutivos del Estado de Derecho, un factor de conservación de los principios y de los valores de las sociedades complejas y plurales de hoy.

En esa complejidad de la realidad social existen grupos privados que, de una manera u otra, se encuentran relacionados o imbricados con los grupos que detentan el poder político que se presentan como grupos de poder difusos que influyen de alguna manera en las decisiones políticas. Es aquí donde entra en juego la limitación, moderación y control del poder, sea este fáctico o institucional del Estado. Limitación que debe ser realizada utilizando los mecanismos del Derecho.

Este control o limitación del poder institucional del Estado o de los grupos de poder fácticos tiene sentido cuando su objetivo final es la garantía de la libertad individual y de la autonomía de las personas. El individuo frente al poder del Estado se vería afectado en sus derechos si el Estado con su poder omnímodo no tuviese límites y controles en el ejercicio de sus obligaciones. La persona se vería desprotegida frente al Leviathan, y el Estado perdería su naturaleza y razón de ser como garante de las libertades

---

fundamentales de las personas. Es en esta línea que el Estado de Derecho se caracteriza por omitir actos que vayan en contra del desarrollo de las potencialidades individuales y de las libertades intrínsecas a la persona, dejando de obstaculizar o evitando, si se quiere llamar así, perturbaciones en el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Pero también debe de actuar para remover los obstáculos que impidan ese desarrollo de la individualidad o promoviendo los medios necesarios materiales para que la sociedad en general tenga igualdad de oportunidades para su desarrollo.

Es así como nace la división de los poderes, como una forma de control de los poderes para evitar que el poder esté centralizado de manera absoluta. Superado el *Ancien Régime* de los siglos XIV al XVII en los que el poder era absoluto, es que surge el Estado Liberal burgués, cuyo poder es trasladado a las asambleas legislativas o congresos, cuya legitimación viene dada por el poder político de la burguesía. La superación del *Ancien Régime* se caracteriza, fundamentalmente, en que se sustituye la voluntad del monarca absoluto por la voluntad general de los ciudadanos que se manifiesta en la ley; pero para darle eficacia y evitar la centralidad del poder, encontramos la división de poderes, cuya concepción y práctica resulta ser compleja en nuestros días.

Efectivamente, la división de poderes propuesta por Montesquieu ha sido superada por la realidad y por la doctrina que trata sobre el tema. La clave del sistema de división de poderes se encuentra en la separación entre sociedad y Estado, entre poder político y sociedad civil<sup>7</sup>, y entre derecho y política<sup>8</sup>, lo cual no significa que no se relacionen. Cuando la separación entre sociedad y Estado no es tal, sino que se confunde con los grupos de poder fácticos de la sociedad civil, se desnaturaliza la acción del Estado frente a la sociedad, lo cual puede devenir en crisis. Por lo que los controles en la división de

---

<sup>7</sup> Todo Estado representativo democrático reconoce el siguiente principio fundamental: “el de separación entre Estado y sociedad, entre esfera pública y privada, entre poderes económicos y poder político. Esta separación, mucho más importante y fundamental que la intra-institucional entre los tres poderes del Estado, no está escrita en ninguna Constitución porque forma parte, por decirlo de algún modo, del constitucionalismo profundo de toda Democracia”. AA.VV, *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Luigi Ferrajoli *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Editor Perfecto Andrés Ibañez, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 18

<sup>8</sup> La relación entre derecho y política, aparece invertida si se la compara con las imágenes politicistas de la Democracia, porque el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho. AA.VV, *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Luigi Ferrajoli *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Op.cit. p. 24

poderes deben de poseer doble garantía, por un lado, entre los poderes públicos entre sí, o sea, la división de poderes, el *check and balance*, y por otro lado, la garantía de que los grupos de poder real o fácticos no interfieran o vulneren a los poderes institucionales públicos para conseguir beneficios de grupo o clase. Los mecanismos de control deben ser hacia dentro del sistema y hacia fuera, para evitar interferencias en el desarrollo del ejercicio de la gobernabilidad. Esto sobre todo cuando se ha argumentado que el Estado, el derecho y el poder, están al servicio de todos los ciudadanos y no de unos cuantos grupos sociales. En definitiva, el Estado y el poder deben estar sometidos al derecho.

No es ingenuo pensar que el Estado se encuentra afectado por el poder económico y social de algunos grupos, pero en un Estado de Derecho deben existir los límites jurídicos y políticos por medio de mecanismos institucionalizados para que los diferentes grupos de la sociedad civil no invadan el terreno de lo público. Es necesario que existan las vías adecuadas para que las exigencias de dichos grupos, cualesquiera que sean (iglesia, sindicatos, asociaciones, universidades, partidos políticos, etc.), puedan ser escuchadas y estudiadas de manera transparente y lo más democráticamente posible. Con esto se quiere decir que las reglas del juego en Democracia deben ser claras y, en materia de Estado de Derecho, deben traer como consecuencia, seguridad jurídica para todos. La legalidad es esa manifestación clara y participativa (de los diferentes grupos políticos representados en las asambleas o congresos) de los procedimientos y mecanismos a que los individuos deben atenerse.

La división de poderes descansa en la Constitución y en la legalidad. Por tanto, los poderes deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. El legislador, deberá respetar en su función creadora de leyes ese contenido esencial. Es decir, el legislador, ni siquiera el legislador orgánico, puede regular con absoluta discrecionalidad los derechos fundamentales, cuando se restrinja su contenido o las condiciones de su ejercicio, por debajo del nivel constitucionalmente previsto. El legislador posee un margen de maniobra para regular el ejercicio de un derecho, se trata de respetar "obligadamente un núcleo mínimo"<sup>9</sup>. El poder ejecutivo en la función administrativa deberá someterse a la legalidad y al control de los actos administrativos. El poder judicial, cuya legitimidad es singular por ser un poder cuyos

---

<sup>9</sup> Joaquín García Morillo, *Las garantías de los derechos fundamentales*, en Luis López Guerra, Eduardo Espin, Joaquín García Morillo, *Derecho Constitucional*, volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 418.

funcionarios no son elegidos por el pueblo (en la tradición del civil law), están sometidos exclusivamente a la ley y a la Constitución. Sobre el poder judicial se tratará ampliamente en el siguiente capítulo.

En definitiva, un Estado en el que los poderes no están regulados por la Constitución y su ejercicio no está sometido al Derecho, irrespetando el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, difícilmente se puede considerar un Estado de Derecho Democrático.

### **II.1.3 Las garantías para la tutela de los derechos fundamentales: control y reparación frente a las violaciones.**

Las organizaciones sociales, el Estado y el Derecho han sido creados por el hombre con el objeto de garantizar la existencia y subsistencia humana. Todo el entramado imaginativo del Estado y del Derecho y todos los elementos a ellos relacionados, tienen sentido cuando se comprende que ellos están al servicio del hombre y no el hombre al servicio de ellos.

Se ha mencionado anteriormente que con la legalidad se busca en definitiva regular la actividad del hombre, permitiéndole mejores niveles de libertad en sociedad. Esta libertad es posible porque existe una organización del Estado y del poder que está sometido a la legalidad. Ahora toca hablar sobre las garantías para la tutela de los derechos fundamentales, el control y reparación frente a las violaciones de dichos derechos.

Por garantías generales de los derechos y libertades se van a entender “todos aquellos presupuestos constitucionales que han sido considerados como <<protección del derecho con carácter preventivo mediante las llamadas garantías sociológicas y políticas>><sup>10</sup>. Este concepto ayuda a comprender que las garantías a los derechos fundamentales se inician con las prevenciones sociales y políticas enmarcadas en la Constitución. Pero estas garantías no solo son sociales o políticas, sino son, con mayor eficacia jurídicas. Estas

---

<sup>10</sup> José Almagro Nosete, *Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución. Lecturas sobre la Constitución Española*. UNED. Madrid, 1978, p.p. 313 y ss.

garantías son los rasgos que perfilan –en palabras de Gregorio Peces Barba- a una organización política democrática, desde el Estado de Derecho hasta el pluralismo político, pasando por la elección de los gobernantes y la separación de poderes<sup>11</sup>.

Para poder hablar hoy en día de garantía de los derechos fundamentales, no se puede hacer sin tomar en cuenta la Constitución. Los derechos fundamentales forman parte de la noción de Constitución: una Constitución sin derechos no es tal. Lo anterior responde histórica y jurídicamente al artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ya citada y mencionada anteriormente: “las sociedades en las que la separación de poderes no está asegurada y los derechos del hombre no están reconocidos carecen de Constitución”.

Las Constituciones recogen esas normas, principios y valores como objetos y fines de la organización del Estado, con la idea de garantizar los derechos fundamentales. Por una parte, la regulación de los derechos viene a constituir frenos para la actividad del Estado, pero por otra parte, los mismos derechos exigen al Estado una actividad encaminada a hacerlos efectivos, sea contra particulares o frente a instituciones del Estado, cuando estos derechos han sido violados. Pero de una manera previa, la Constitución manda a crear una organización que garantice la vigencia de dichos derechos<sup>12</sup>. Es así, como las medidas legislativas están orientadas a la realización material de los derechos, a través de una legislación que vaya dirigida a la creación de instituciones jurídicas que velen por el respeto y desarrollo de los derechos fundamentales. Por otra parte, en las Constituciones también se establecen los límites al legislador y los somete al control de los tribunales, especialmente para vincularle a los institutos y derechos fundamentales<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Gregorio Peces Barba, *Derechos fundamentales I. Teoría General*. Editorial Guadiana, Madrid, 1973, p. 226.

<sup>12</sup> Esto responde ante todo a que en las garantías genéricas la directa aplicación de los derechos fundamentales constituye una garantía de la mayor relevancia para su plena efectividad. De esta manera los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos a su respeto. En este sentido ver a Joaquín García Morillo, *Las garantías de los derechos fundamentales*, en Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, *Derechos Constitucional*. Op.cit. p. 418.

<sup>13</sup> Los derechos fundamentales exigen que el legislador justifique la adecuación de las medidas cuando éstas limitan la tutela de derechos o bienes constitucionalmente reconocidos, que la medida se considere necesaria para dicha tutela, y que la limitación establecida no resulte desproporcionada al objetivo perseguido por la ley, lo cual, debe tomarse en cuenta que no se deben por ninguna razón, negarse un derecho fundamental. Los derechos fundamentales son también factores objetivos del ordenamiento que presentan <<... una eficacia

El control de la administración por parte de la jurisdicción es otra garantía de los derechos fundamentales.<sup>14</sup> Los actos administrativos son hoy en día, controlados, no sólo por los mecanismos de recursos administrativos, sino por los recursos ante la jurisdicción. Hay dos tipos de actos que son importantes cuando se habla de los controles jurisdiccionales, y son los discrecionales de la administración y los actos políticos del gobierno. Toda actividad de la administración debe estar sometida al imperio de la ley y, en consecuencia, debe después quedar sujeta a un suficiente control jurisdiccional<sup>15</sup>. Sobre el control jurisdiccional de estos aspectos se hablará ampliamente en el próximo capítulo.

Otra institución que garantiza en el nivel político y social los derechos fundamentales, es la figura del Ombudsman o como se denomina en algunos países, “el defensor del pueblo” o “el procurador de derechos humanos”. Estas instituciones cuya función no es jurisdiccional, coadyuvan con el respeto y garantía de los derechos fundamentales, a través de sus resoluciones que poseen carácter político, ético y moral a la salvaguarda de estos derechos. La función de este tipo de organización es frente al Estado y aunque en muchos casos ha sido cuestionada de ineficaz, lo cierto es que realizan una doble labor: por un lado, limitan política y moralmente al poder cuando éste ha excedido en sus funciones violando derechos humanos, y por otro lado, coadyuvan a la administración de justicia en el conocimiento de las violaciones a los derechos humanos, aún cuando la administración de justicia haya sido señalada en alguna ocasión de haber cometido algún acto que se considere violatorio de los derechos fundamentales<sup>16</sup>.

La jurisdicción o el poder judicial en última instancia constituye una garantía eficaz al respeto y vigencia de los derechos fundamentales. Su función se centra en garantizar y

---

simultánea como elemento de defensa y elementos del ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el legislador>>. Hans – Peter Shneider, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, REP, número 7, Madrid, 1979, p.p. 26 – 33.

<sup>14</sup> Este tipo de control de la administración cabe dentro de las denominadas garantías específicas. Joaquín García Morillo, *Las garantías de los derechos fundamentales*, en Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, *Derechos Constitucional*. Op.cit. p. 418.

<sup>15</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Op. cit. p. 51

<sup>16</sup> Héctor Fix Zamudio, *LA PROTECCION PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE LAS JURISDICCIONES NACIONALES*, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, Civitas, Madrid, 1982, p. 34 y p.p. 284 y s.s.

tutelar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales. Pero siempre bajo la cobertura del imperio de la ley y por supuesto sometidos a los principios, normas y valores Constitucionales. No se ahondará más en este punto puesto que se tratará más ampliamente en el próximo capítulo.

En conexión con todo lo anterior se puede decir que corresponde a los poderes públicos la tarea de proteger y tutelar los derechos fundamentales, de manera que la igualdad y la libertad que confieren sean realmente efectivas. Es necesario, por tanto, que las Constituciones regulen específicas tareas públicas que cobran sentido como garantía y presupuesto de los derechos fundamentales. La regulación de mecanismos de garantía adecuados, en forma de reglas, instituciones y procedimientos, corresponde al legislador prioritariamente. Sin olvidar que el legislador debe legislar tomando en cuenta que dichas leyes deben estar acordes con el contenido esencial de los derechos fundamentales. La administración, que en general está vinculada al respeto de los derechos fundamentales, ha de ofrecer garantías específicas de prestación y de participación en derechos que sólo a través de procedimientos administrativos y recursos públicos pueden cobrar eficacia.

## **II.2. Precedentes históricos del Estado de Derecho**

El paso del medievo a la edad moderna coincide con el surgimiento paulatino del pensamiento racionalista y con la consolidación en el siglo XVIII del Estado Absoluto. Este paso del “Estado Absoluto al Estado liberal se prepara por la progresiva consolidación de ideas y doctrinas que afectan los cimientos mismos, que sustentan los muros del absolutismo y que quiebran las raíces de su legitimidad”. Esto representa el nacimiento de un proceso que da paso a una nueva forma de ver el mundo y la culminación y decadencia de lo que los autores y analistas denominan el Ancien Régime. En este estudio se analiza el enfoque del nacimiento de ese sistema político, social, jurídico y filosófico que se caracteriza por “el germen de los derechos naturales y otras ideas como la representación, el contractualismo, la separación de poderes, la nomofilia, que son la antítesis de esa forma absolutista de poder. El siglo XVIII, que se inicia desde el poder político absoluto, verá instalarse esas nuevas ideas que configuran al Estado liberal de Derecho, heredero natural del Estado absoluto.”

La hegemonía del poder personal y absoluto de la monarquía será quebrantada por ideas tales como el contrato o pacto social cuya finalidad u objeto entre otros las encontraremos en los derechos en general, los cuales como derechos del Estado de Naturaleza se convertirán en derechos fundamentales y razón principal del pacto. Estos derechos pasarán de ser derechos morales (naturales) a derechos jurídicos, que serán protegidos por medio de las garantías que ofrecen las normas coactivas y por sanciones institucionalizadas. En esta visión jurídica y política es que el gobierno de las leyes ocupará el centro de la actividad social y política, cuya legitimidad de origen es el principio democrático de las mayorías, que se encuentra en el origen de los derechos políticos. Por lo tanto, en la base de todo el proceso histórico de consolidación del Estado liberal de derecho, se encuentran los elementos que “favorecerán la emancipación de las personas. El instrumento subjetivo serán los derechos humanos”<sup>17</sup>.

A continuación se estudiarán algunos factores que han influido en la configuración del Estado de Derecho. Este repaso se hará desde la perspectiva filosófica, histórica y jurídica, lo cual ha constituido hasta nuestros días, el germen y la naturaleza del modo democrático y jurídico del Estado moderno.

### **II.2.1 Fundamentos filosóficos, históricos y jurídicos del Estado de Derecho**

Estudiar y analizar los fundamentos filosóficos y jurídicos del Estado de Derecho sería complicado si no se delimitan los aspectos que se van a conocer. La tarea no deja de ser compleja debido a las diferentes concepciones, modelos y visiones existentes sobre el tema<sup>18</sup>. Por ejemplo, hablando de los fundamentos filosóficos del Estado de Derecho, es

---

<sup>17</sup> Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García: *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 77, 79 y 81.

<sup>18</sup> Rafael de Asís en su análisis sobre los modelos de Estado de Derecho, reconoce dos tipos de Estado, el formal en el que rige el principio de legalidad y, el Estado material, en el que además del principio de legalidad existe protección a los derechos como concepción moral. Dentro del Estado formal describe el modelo restringido cuya concepción funcional se basa en la técnica normativa como elemento de control social que busca sobre todo la eficacia de las normas, es decir, su aceptación. Este modelo responde al modelo de la teoría del Derecho. En cambio en el Estado material existen dos modelos, el modelo estricto y el modelo



indudable que uno de los iusnaturalismos que dan paso y fundamentan el pensamiento liberal de la edad moderna es el derecho natural racionalista. Conocido por los diversos autores como derecho natural moderno<sup>19</sup>.

Lo que se pretende es el conocimiento de los fundamentos tanto filosóficos como jurídicos del Estado Liberal de Derecho; concepto en el que se basan todas las teorías jurídicas, filosóficas y políticas de los Estados modernos. Lo destacable entre otras cosas es que la idea o las ideas sobre los Derechos Naturales dejan de serlas solamente en teoría para convertirse en realidades jurídicas y políticas entre los siglos XVIII y XIX. Las declaraciones de derechos francesa, y las declaraciones de derechos, independencia y constitucionalismo de lo que posteriormente serían los Estados Unidos de América, son un ejemplo de esto. A través de la Revolución Francesa se produce el paso del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII – XVIII al positivismo liberal del siglo XIX; la dignidad humana, en este sentido, es la razón y justificación de los derechos antes y después de ser positivados y la racionalidad del derecho natural pasa a ser en el siglo XIX atributo del Derecho positivo.

Estas ideas del derecho natural racionalista, serán a su vez el fundamento de las teorías de los derechos naturales y de la base ideológica, moral, económica y política del pensamiento revolucionario burgués; y no se limitaría solamente a eso, sino que pasaría a ser -el derecho natural racionalista- fundamentación metodológica del conocimiento de la sociedad, como ciencia moral y como de sus construcciones políticas y jurídicas<sup>20</sup>.

---

amplio, a los que ambos responden a una concepción finalista: técnica de control social al servicio de los individuos o de unos valores fines. Dentro del modelo amplio se encuentran: el modelo liberal, el modelo democrático, el modelo exigente y el modelo garantista. Estos modelos, el estricto y el amplio, y más específicamente el amplio, en el que se desarrollan los modelos de teoría de la justicia (modelo democrático) y la teoría de la ciencia jurídica (modelo exigente), buscan contenidos ciertos y determinados de moralidad, los cuales varían de acuerdo a la concepción de la legitimidad y de la justicia. Con respecto a la separación de poderes y la ubicación del Poder Judicial en estos modelos, para el profesor Rafael de Asís, la determinación o indeterminación del derecho es la clave para entender la separación de poderes en los modelos de Estado de Derecho, y a partir de ahí, el criterio de legitimidad o de justicia que se emplee. Rafael de Asís Roig, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

<sup>19</sup> Gregorio Peces – Barba, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig (directores), *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 300

<sup>20</sup> Eusebio Fernández García, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del s. XVII*. En Gregorio Peces – Barba y Eusebio Fernández García: *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo I, *Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Op.cit. p. 574.

Para conocer los fundamentos ideológicos del Estado de Derecho es necesario hacerlo dentro del contexto en que se desarrolla el pensamiento racionalista. Para ello se han escogido los aportes de algunos autores que con sus ideas han influido en la construcción ideológica del nuevo derecho natural moderno y del Estado Liberal de Derecho. Entre los autores que se mencionan se encuentra Hugo Grocio, considerado por muchos autores y desmitificado por otros, como el fundador de la teoría moderna del derecho natural. Nos interesa de Grocio su visión sobre “la razón” como fundamento del derecho natural moderno. El elemento de la razón incorpora un factor nuevo para el estudio del derecho natural como es el método racionalista. Grocio demostró que era posible construir una teoría del derecho al margen de presupuestos teológicos.<sup>21</sup>

Siguiendo las ideas de Grocio encontramos a Samuel Von Pufendorf, pensador que supo materializar los fundamentos del derecho natural moderno. De este autor nos interesa destacar el concepto de dignidad humana expresados a través de los principios de libertad ética e igualdad de todos los hombres. La libertad de todos los hombres está vinculada éticamente, derivándose de esta vinculación la igualdad en el derecho natural y, a la vez, la libertad del derecho natural. Para comprender el fundamento material del derecho natural es necesario relacionarlo con el concepto de “la socialitas”, en la cual se expresan los principios de libertad ética e igualdad de todos los hombres. Al existir la igualdad entre los hombres no hay nada que deba limitar su libertad que a su vez es una libertad ética.<sup>22</sup> Este pensador ha sido clave para el desarrollo del pensamiento moderno, quizá por las circunstancias y el momento en que le tocó vivir. Lo caracterizaba una cabeza clara, abierto a las ideas, carente de prejuicios, inquebrantable en su confianza al poder de la razón, estableció decididamente el fundamento para las ideas políticas del siglo XVIII en términos de derechos de la libertad y del hombre.

---

<sup>21</sup> A.P. D'Entreves, *Derecho Natural*, traducido por M. Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972, p.p. 62 y 64. Ernst Bloch, *Derecho natural y Dignidad humana*, traducido por Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, p. 52. Ernest Bloch afirma con crítica sociológica, que efectivamente Grocio había liberado al derecho natural de la teología, pero no lo había liberado de los aristócratas, no lo había hecho apto para la revolución democrática.

<sup>22</sup> Hans Welzel: *Introducción a la filosofía del derecho*, traducido por Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1971, p.p. 146 – 147.

Avanzando con la línea de análisis, al exponer las ideas sobre la razón como fundamento y método del derecho natural moderno, tema que se encuentra vinculado con la dignidad humana, la libertad ética y la igualdad, pasamos al estudio de una segunda gama de ideas para comprender los fundamentos filosóficos del Estado de Derecho. Lo que se pretende es darle continuidad lógica a las ideas que van formando y construyendo el edificio que caracteriza a este tipo de Estado.

Una vez conocidos los elementos que incorpora el ius naturalismo racionalista, es necesario estudiar otros dos elementos fundamentales para comprender mejor las bases de dicho modelo: el contractualismo y el gobierno de las leyes. Lo que se pretende con el estudio de las ideas de estos pensadores es el conocimiento de los fundamentos históricos e ideológicos del Estado de Derecho, en los que encontramos el paso de un pensamiento escolástico hacia las formas positivas del derecho natural.

Entre las líneas de análisis que interesan mencionar en el presente estudio, como aporte ideológico a la creación y desarrollo del Estado de Derecho, encontramos el contractualismo y la ley como una de sus principales expresiones. No se pretende hacer uso de todas las posibles aportaciones de los pensadores en su conjunto, más bien conocer a grandes rasgos qué ideas han aportado desde los aspectos filosóficos, históricos y jurídicos, y de que manera han influido directamente en la creación y conformación del Estado de Derecho. Este proceso histórico e ideológico pasa necesariamente por el “clima cultural genérico, racionalista, contractualista, ius naturalista, individualista, y con un proceso de secularización avanzado, donde inciden estos autores”. Es el medio del que se nutrirán los autores inmediatos de las Declaraciones de Derechos tanto las francesas como las americanas.

Para lograr el conocimiento ideológico de dichos fundamentos se han escogido a los siguientes autores: Locke, Montesquieu, Rousseau y Kant. Estos pensadores realizan un aporte extraordinario a la humanidad al influir con sus ideas a la visión secularizada de la vida, al paso del ius naturalismo escolástico al racionalista y su posterior positivación en la creación de las declaraciones de derechos, junto al individualismo, el contractualismo, que son las bases filosóficas, históricas y jurídicas del Estado de Derecho.

A continuación se hace una breve justificación del tratamiento que estos autores hacen de los temas que a consideración de ésta investigación son básicos al momento de argumentar sobre el Estado de Derecho. Empezando por John Locke, lo que nos interesa destacar de él son sus ideas sobre el contractualismo y la legalidad, las cuales influyeron directamente en el contenido de las declaraciones de derechos francesa y americana. Estas ideas también han dado paso a la argumentación necesaria para elaborar y analizar lo que es y debe ser el Estado de Derecho.

Con respecto al aporte a las declaraciones de derechos es importante destacar su visión contractualista, concretada con la idea de que la meta de la asociación política surgida del contrato es "... la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre..." art. 2º de la declaración francesa de 1789, y que estos derechos son el límite de los actos del poder legislativo y del ejecutivo (Preámbulo). Sus escritos vienen a justificar (en especial el Ensayo sobre el Gobierno Civil) el paso del estado de naturaleza al de sociedad, a través del contrato y la ley. Su aporte concreto al Estado de Derecho es que sin contrato y sin ley no es posible la libertad del hombre.

De Rousseau nos interesa extraer su idea de que "los derechos sólo lo son con su existencia en el derecho positivo a través de la ley, cuando el pueblo es soberano, es decir, cuando el derecho no se le impone sino que es creado por él mismo, siendo al mismo tiempo origen y destinatario de las normas."<sup>23</sup> Con esta idea de que la voluntad general es el origen y destino de la ley, sienta las bases ideológicas para lo que se conocerá como imperio de la ley.

La ley y el sometimiento de los poderes a la misma van a constituir uno de los aspectos relevantes al momento de construir el Estado de Derecho. En este sentido, el aporte de Montesquieu va a ser importante para comprender cómo a través de la separación de poderes se logran establecer límites a la acción del poder. Es por eso que de su visión, que es una mezcla entre razón e historia, nos interesa su influencia en la limitación del

---

<sup>23</sup>Gregorio Peces – Barba, *Los textos de la Revolución Francesa*. Primera parte: *Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís: *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.3. Capítulo XVI. *El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional. Los orígenes del sistema*. Siglo XVIII. Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, p.p. 143 y 147, 168.

poder y su peculiar punto de vista sobre la ley. El aporte principal de Montesquieu se centra en la separación de poderes, el puesto de la ley y su relación con la libertad, la definición de ésta y algunas dimensiones de contenido sobre garantías procesales.

En Montesquieu se reúnen los elementos necesarios que engarzan, desde su observación de la realidad y su admiración por el sistema inglés, aquellos factores relacionados al poder y la libertad de los individuos. Se construye de esta manera “una teoría de los límites en el ejercicio del poder como garantía de la libertad política a través de la legalidad y de la separación de poderes.” Un aspecto que interesa indicar con especial énfasis es su idea sobre la ley y la función judicial, el juez sometido a la ley. La independencia del poder judicial que nace, básicamente, en el sometimiento a la ley, será la base doctrinal de la garantía de los derechos y, consiguientemente, de la misma existencia de la Constitución.<sup>24</sup>

Finalmente, con Immanuel Kant, es que se culmina el proceso de evolución del iusnaturalismo racionalista y se abre una puerta o se construye un puente entre la edad moderna y la época contemporánea. El esfuerzo de Kant que lo diferencia de los pensadores precedentes, es el establecimiento de una fundamentación “estrictamente racionalista del derecho natural, depurando su concepto de cualquier presupuesto empírico.” La racionalidad para Kant será el dato que cifra la diferenciación con otras especies y que lo ubica dentro del género humano.

El bagaje intelectual de Kant para la realización de algunos de sus escritos los recibe de los influjos de Locke, Montesquieu y Rousseau. De Locke la idea de que los derechos son anteriores al Estado y que la libertad es inherente a toda persona que todo Estado debe reconocer. De Montesquieu la innegable idea de la división de poderes para una mayor eficacia en la protección de los derechos. Y de Rousseau, “la exigencia de una legitimación racional – democrática del poder, a través del “contrato social”, artificio de la razón práctica para justificar las instituciones políticas y de las leyes en el consentimiento. La ley

---

<sup>24</sup> Gregorio Peces – Barba, *Los textos de la Revolución Francesa. Primera parte: Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789* . En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís: *Historia de los derechos Fundamentales*. Op.cit. p.p. 159 y 161, 163.

como “expresión de la voluntad general” será la célebre fórmula jurídico-política acuñada por Rousseau (postulado contractualista).”<sup>25</sup>

Lo que pretendemos resaltar de Kant, de manera general y sólo para tener clara su idea sobre el aporte al Estado de Derecho, son por una parte su visión que gravita en el eje fundamental de la libertad, y por otra, su peculiar aporte racionalista de la legitimación contractualista del Estado y de los derechos. Dicho aporte, como veremos, se presenta como una discusión dialéctica entre el iusnaturalismo de sus antecesores y el empirismo, utilizando como método de análisis el trascendental. Su aporte se basa en que el método por él utilizado radica en postulados lógicos de pura racionalidad que ha sido depurado de cualquier pretensión utilitaria con la pretensión de comprender lo que es el Estado y de lo que es el Derecho.

Con la inclusión de las ideas de estos pensadores se tendrá una luz sobre la fuente ideológica de los elementos claves del Estado de Derecho. Estos elementos, tales como el racionalismo, el contractualismo, el gobierno de las leyes, el lugar que ocupa el individuo, los límites al poder, estarán relacionados dialécticamente con la libertad y la posibilidad de igualdad. Todo esto, en consecuencia, posibilitará la existencia de los derechos fundamentales a través del Estado de Derecho.

Finalmente, una vez analizados los aportes de estos autores, se mencionarán algunas declaraciones de derechos. Se mencionarán dos tipos de Declaraciones de Derechos, la americana y la francesa. Estas Declaraciones de Derechos se consideran fundamentales para el conocimiento de las bases jurídicas de la nueva institucionalidad surgida a raíz del pensamiento del derecho natural racionalista, que dará paso a toda una cultura constitucionalista y liberal<sup>26</sup>. Como se podrá constatar se irá de lo abstracto, con la idea racional del derecho natural, a lo concreto, con las declaraciones de derechos.

---

<sup>25</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Kant y los Derechos Humanos. El papel de Kant en la Formación Histórica de los Derechos Humanos*. En Gregorio Peces – Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, SIGLO XVIII, V.II, *La filosofía de los derechos humanos*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.

<sup>26</sup> Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Libro 2: La edad moderna. Pirámide, Madrid, 1982, p. 84 –85.

### **II.2.1.1 El derecho natural moderno**

#### **a. Breve mención del contexto**

Para comprender en qué contexto se desarrolla el derecho natural moderno, es necesario remontarse brevemente a algunos aspectos filosóficos e históricos que dieron paso a la edad moderna, época en que se desarrolla el pensamiento natural racionalista.

#### **a.1 El tránsito a la edad moderna (S. XVI – S.XVII)**

El paso del medievo a la edad moderna coincide con el surgimiento paulatino del pensamiento racionalista. Este paso encierra muchos significados y establece nuevas variables y factores que van encaminados al establecimiento de un nuevo orden, de una nueva visión del mundo y del hombre, por lo que su conocimiento es necesario. El estilo de vida se va transformando en un estilo más secular y libre como consecuencia de una crisis de valores morales y de la teología cristiana medieval. Lo que encamina, por un lado, a una lectura diferente de la Biblia y a la forma de comprender a Dios y su voluntad, y por otro, a una nueva cosmovisión en donde el hombre ocupa un lugar diferente al que ocupaba en el iusnaturalismo religioso<sup>27</sup>.

El anquilosamiento de la iglesia en todos los aspectos de la vida humana, hecho que se inicia con la expansión del cristianismo en occidente y que tiene su culmen durante el medievo, crea una fuerte resistencia de cambio tanto hacia adentro de la iglesia como en todos los aspectos sociales. Se va dando al mismo tiempo un proceso de complejización social y de cambios económicos<sup>28</sup>, aparejado al crecimiento de las actividades científicas, el arte, la cultura y la ciencia, fruto en parte de una mayor observación de la naturaleza y

---

<sup>27</sup> Antonio Domínguez Ortíz, *Historia Universal, edad moderna*, Vol. III, Vicens Vives, Barcelona, 1997; Jacob Burkhardt, *La cultura del renacimiento en Italia*, traducción de Teresa Blanco, Fernando Bouza, Juan Barja, Akal, Madrid, 1992, p. 141 y ss; 251 y ss.

<sup>28</sup> En lo social y económico, es importante el paso del feudalismo al capitalismo, con el surgimiento del mercado y de una nueva clase social: la burguesía. Jacob Burkhardt, *La cultura del renacimiento en Italia*, traducción de Teresa Blanco, Fernando Bouza, Juan Barja, Akal, Madrid, 1992, p. 141 y ss; 251 y ss.

de la crítica de lo dogmático. Estos aspectos van ocupando un mejor lugar en la vida de las sociedades y van creando una situación que potencia nuevos planteamientos frente a la autoridad de la iglesia y su pensamiento<sup>29</sup>. Con todo esto se puede argumentar que se da el paso de lo metafísico a lo físico sin negar radicalmente lo metafísico. Se podría decir que es una vuelta de mirada del cielo a la tierra, sin negar el cielo, en donde “la razón” ocupa un mejor lugar. El giro hacia la nueva visión se hace cuestionando la jerarquía universal en cuanto a que el hombre estaba situado en un lugar inferior con respecto a su situación social, laboral, la iglesia y Dios. Este tránsito visionario del mundo, representa la apertura y liberación del espíritu crítico, que se encontraba apaciguado y reprimido durante mucho tiempo por el dogmatismo imperante en la edad media.

Con la llegada del renacimiento se rompe la concepción orgánica de la sociedad, anclada en la rígida jerarquía de la gran cadena del ser, que encerraba al individuo en su *status* y lo habituaba a acciones repetitivas. El individuo, desligado de la tradición, liberado del mito y de los *idola*, emancipado del dogma, debía ocuparse sólo –en una sociedad liberada de los vínculos corporativos- del propio perfeccionamiento intelectual y moral. A través de la nueva razón –una razón que no conoce la esencia de las cosas sino que transforma el mundo<sup>30</sup>-, el hombre, va a empeñarse en la realización del *regnum hominis*, utilizando la naturaleza en provecho propio y construyendo la sociedad según sus dictados. Todo esto da paso a un nuevo orden al que algunos pensadores lo denominarán “el señorío del hombre”.

---

<sup>29</sup> Un ejemplo de esto es lo siguiente: el derecho natural escolástico o medieval, funda su idea en que el derecho tiene su fuente en la *lex aeterna* o *lex divina* de Dios, en cambio para otros, se cita la postura de Martín Lutero, el auténtico derecho natural tiene su fuente en la conciencia humana, en la voz interior o el *dictamen naturalis rationis*; fundamentando así de esa manera, el derecho natural en una visión subjetiva que nace del corazón del hombre, contraria a la visión objetiva del derecho natural característico de Santo Tomás en que fundamenta ese orden en un orden objetivo: en la *lex aeterna* de los órdenes de la creación. En este sentido, la última palabra del derecho natural la tienen la razón y el entendimiento natural, ya que ambos son el corazón y el señor de las leyes, la fuente originaria de la que provienen y manan todos los Derechos. Hans Welzel: *Introducción a la filosofía del derecho*, Op.cit. p.p. 98 – 102.

<sup>30</sup> Esta nueva visión del mundo no se queda en teoría sino que es el fundamento teórico e ideológico que irá impregnando las grandes revoluciones liberales, la inglesa de 1688, americana y francesa del siglo XVIII. Por ejemplo, el Estado será concebido como una libre y voluntaria creación de los individuos para la protección y garantía de sus derechos naturales, que pierde toda su justificación, pudiendo ser modificado o suprimido, cuando no cumpla ésta su función esencial. Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho; la edad moderna*, traducción al castellano de J. F. Lorca Navarrete, Libro 2, Pirámide, Madrid, 1982, p. 82



Todo lo anterior trae como consecuencia, en el plano intelectual, una manera diferente de ver al hombre, la creación de una verdadera dimensión cultural autónoma: precisamente la que permitiría a las elites impedir que el sistema cristiano recuperase su fuerza y a la vez preparar los instrumentos de un mundo moral y real diferente<sup>31</sup>. Esta nueva visión subjetivista será precisamente la de la voluntad autónoma del hombre, es decir, el desarrollo de su libertad.

Es necesario tener claro en todo esto lo siguiente: durante la época de transición de la edad media a la edad moderna e incluso durante mucho tiempo en la edad moderna, el debate se centra precisamente entre la antigua visión basada en el teocentrismo y la nueva visión basada en la razón, sobre la realidad jurídico y social. Pero es necesario matizar que, la nueva visión que se basa en un nuevo método como es el racionalista no rompe tajantemente con la idea de Dios<sup>32</sup>, ni pretende convertir a la sociedad y la realidad en anticristiana o antiteológica<sup>33</sup>. El laicismo no es una secularización total de la

---

<sup>31</sup> Ruggiero Romano y Alberto Tenenti, *Historia universal del siglo XX. Los fundamentos del mundo moderno, edad media tardía, reforma, renacimiento*, Vol. 12, traducción de Marcial Suárez, Siglo XXI, Madrid, 1989, p.p. 128 - 156.

<sup>32</sup> Para comprender mejor la importancia que tiene el pensamiento de la iglesia y su influencia en la cultura occidental, básicamente europea, es necesario conocer el papel que jugó la iglesia en la organización de la sociedad y en el desarrollo de instituciones que más adelante se incorporarán a los cuerpos normativos y que servirán de elementos prefiguradores de la sociedad en la Edad Moderna. Para conocer el aporte de algunos pensadores de la iglesia como es el análisis científico de las realidades objetivas que rodean al hombre, por ejemplo, en el pensamiento medieval son fundamentales las formulaciones hechas por Santo Tomás de Aquino (1224 – 1274) de la primera doctrina europea de iusnaturalismo a partir de la filosofía griega de la justicia de Aristóteles; el inicio con Marsilio de Padua (1270 – 1342) de la corriente intelectual que propugna la separación diferenciada entre el poder civil y el religioso, formulando la doctrina de la fundamentación democrática de la ley y del poder político; o el establecimiento de los primeros fundamentos de la ciencia experimental moderna, que aparece en el pensamiento de Duns Scotto (1266 – 1308) y Guillermo de Ockam (1300 – 1349). Ver al respecto: Javier Paricio y A. Fernández Barreiro, *Historia del Derecho Romano y su recepción Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 212.

<sup>33</sup> La tradición jurídica filosófica que heredó la edad moderna de la edad media es la romana – canónica o teológica: que es el estudio del derecho romano justiniano que da paso a la formación del Corpus Iuris Civile que se inicia desde el siglo XII, gracias a la exégesis que de los documentos de justiniano, especialmente del Digesto, se hicieron en la universidad de Bolonia. La labor de estos juristas (Glosadores), en el campo de análisis interpretativo lógico – dialéctico, producen la primera literatura jurídica en forma de anotaciones explicativas (glosas) de los textos romanos – justiniano. Este trabajo de los Glosadores crea una verdadera escuela del estudio del derecho romano justiniano, a tal grado que se extiende a las universidades. La compilación Justiniana, que es entendida y asumida como un ordenamiento normativo completo, se le denomina Corpus Iuris, que fue lo que sistematizaron y estudiaron los Glosadores. El derecho así elaborado sólo podía introducirse en la práctica como derecho común subsidiario, es decir, otorgando preeminencia a los derechos propios de los diferentes pueblos en el territorio, en este caso, italiano. Esta nueva cultura promulgada en las universidades penetra en la realidad jurídica cultural de Roma. Por eso es que en la nueva jurisprudencia se empieza a crear un nuevo derecho, que mezcla las formas romanas y canónicas. Javier Paricio y A. Fernández Barreiro, *Historia del Derecho Romano y su recepción Europea*. Op.cit.

cosmovisión cristiana, opinar así sobre el proceso de racionalización del Derecho Natural sería un error. Además sería negar la herencia cultural de occidente. El gran logro ha sido precisamente que dentro del derecho a la libertad se encuentra la libertad de conciencia, el libre culto, al pensamiento y la expresión del pensamiento. Los principales pensadores racionalistas se remontan a Dios como *ultima ratio* de su proceso mental o como la fuente de donde nace toda ley natural, pero no como lo único. En este nuevo enfoque el Derecho natural se descubre a través de la razón humana. Lo novedoso será el método de conocimiento del Derecho, es decir, el método racional. La libertad ética –de la que nos hablará Pufendorf más adelante– es importante ubicarla como el espacio en que el individuo opta bajo su razón a las diferentes verdades<sup>34</sup>.

Es en este contexto en el que se debe ubicar el desarrollo de la teoría del Derecho natural moderno. Los grandes pensadores que han contribuido a su formación, entre los que se pueden mencionar a Descartes, Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio, Pufendorf y otros, han tenido su formación en la escuela escolástica que consistió en desmitificar algunos argumentos de la escuela a la cual pertenecían. Aun cuando sus ideas fueron novedosas, tanto filosófica como ideológicamente, mantienen conexiones con las ideas

---

<sup>34</sup> Hans Welzel al respecto opina que “es errónea por eso la opinión, hoy muy extendida, de que la idea de la humanidad propia del Derecho natural moderno, así como la noción de los derechos y de las libertades del hombre, constituyen solo una secularización de la idea cristiana del hombre”. La mala interpretación que hicieron desde la iglesia católica, del fundamento ideológico de la pretensión de los defensores del ius naturalismo racionalista fue –a mi modo de entender– uno de los factores que influyeron en el caos sucedido con la persecución de los que consideraron herejes y anticristianos. Welzel lo analiza de la siguiente manera: “Si lo que se pretende es contraponer los iusnaturalistas “profanos” a los iusnaturalistas “cristianos”, se trata de una tesis absolutamente falsa: la idea de la libertad ética había experimentado justamente en el ámbito cristiano, por la justificación de la persecución y castigo de los herejes una grave limitación, y la práctica de la persecución y de las guerras había hecho realidad dolorosamente para infinidad de personas la negación de la autonomía religiosa y ética del individuo. La idea de la dignidad humana tuvo precisamente que imponerse contra esta teoría y esta práctica llevadas a cabo en nombre de la idea cristiana”. En este sentido dirá Welzel: “Los portavoces “racionalistas” de la Humanidad hicieron más por el reconocimiento de la tolerancia y de la dignidad humana que sus adversarios teológicos ortodoxos. Aquellos, y no estos, consiguieron el reconocimiento de la dignidad humana como un elemento constitutivo intangible de la idea cristiana del hombre”. Y con respecto a la intención de secularización de la vida, Welzel critica a aquellos que describen errónea e injustamente la pretensión de dignidad humana de los racionalistas: “La idea moderna de los derechos del hombre no procede, por eso, de ninguna manera, como pretende G. Ritter (*Zeitwende*, 1949, pág. 7), de “un mundo totalmente secularizado” y “de una filosofía de la pura utilidad y del egoísmo bien entendido, que hay que designar claramente como acristiana”. Se comete una amarga injusticia con los portavoces “racionalistas” de la dignidad humana, describiendo el núcleo de su doctrina como la mera intención de dar a cada uno la misma pretensión a los bienes externos, pero sin conocer “el respeto a cada hombre como persona, es decir, como titular de un destino eterno, de un cometido ético” (G. Ritter: *Historische Zeitschrift*, 169, pág. 248). Para los progenitores iusnaturalistas de la idea de la dignidad humana, para Pufendorf y Wise, lo contrario es justamente la verdad”. Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1971, p.p. 149 – 150.

escolásticas. Por lo tanto, para ser interpretados y conocer su pensamiento, es desde esta perspectiva que deben ser comprendidos.

## **a.2 El nuevo orden: individuo y racionalismo.**

El paso del antiguo orden escolástico medieval a un nuevo orden laico y racional, supone una situación diferente en la que el individuo es parte de un nuevo valor. El hombre se vuelve señor de sí mismo, es él quien construirá su historia, no será más la historia predeterminada y fijada en una visión teocéntrica. Hay un vuelco de la mirada hacia el individuo: es el hombre quien se da su lugar y quien construye el orden<sup>35</sup>. Esta visión de orden que en la concepción antigua era dada por Dios, en esta concepción moderna es el hombre quien establecerá ese orden. En la concepción antigua, el hombre es quien, al salirse del orden establecido en el universo por Dios, creaba el caos; en cambio, en la concepción moderna, es el hombre el que, a través de sus potencialidades humanas va a crear ese orden, partiendo de sí mismo hacia lo demás<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Para tener una idea de la dimensión del cambio del antiguo orden al nuevo orden, la iglesia en el medievo, se situaba por encima del Estado, uno procurará por lo terrenal (el Estado) y otro por las cosas eternas y divinas (la iglesia); no obstante, el bien supremo consistirá en que lo eterno y divino se encarne en lo terrenal como parte de una visión cosmológica del universo que a la vez es eterna e inmutable. Esta visión que procede fundamentalmente de San Agustín, expresada en su obra *"La ciudad de Dios"* y del pensamiento de Santo Tomas en su obra *"Summa Theologica"*, lo que manifiestan en definitiva es la universalidad de las cosas del mundo, pero no desde el hombre mismo, sino desde Dios, por lo que el ambiente cosmológico se vuelca hacia una visión teocéntrica de la realidad. Es Dios de donde procede todo conocimiento, saber, verdad, orden y justicia. De esta manera la ley se convierte en ley eterna y natural, por lo que la ley positiva *"lex temporalis"*, debe responder a las concepciones de ese derecho natural divino y eterno para ser justa. La perspectiva del bien supremo que debe ser lo bueno, es decir, lo que viene de Dios, se funda en un principio fundamental del cristianismo: la fraternidad y la igualdad de los hombres. En este sentido, la labor del legislador será imponer todo lo que la ley eterna supone, pero tampoco prohibir todo lo que ésta no prohíbe. Para San Agustín, por ejemplo, la finalidad del legislador consiste en asegurar la paz y el orden en la sociedad para que los hombres puedan realizar adecuadamente su fin, temporal y eterno. Lo jurídico positivo tiene un alcance social relevante en función de lo ético y lo jurídico-natural. Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Alianza, Madrid, 2 volúmenes, 1982, pp. 263 - 271; Héctor Samour, *Filosofía del Derecho*, UCA Editores, El Salvador, 1999. p. 176; Gregorio Peces Barba, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1988, pp. 209 - 220.

<sup>36</sup> Un comentario al respecto es el de Guido Fassó quien opina que "A partir de Grocio, el Derecho natural va a ser como una norma humana puesta por autonomía y la actividad del sujeto, libre de todo presupuesto objetivo (y en particular teológico) y explicable mediante la razón, esencial instrumento de la subjetividad humana. Una confirmación de ello ha sido vista por muchos, para no decir por todos, en la transposición de la visión iusnaturalista de la norma del Derecho natural objetivo, a la facultad inherente al sujeto, a los derechos naturales subjetivos o derechos innatos, y en el correspondiente individualismo, por el que el orden jurídico político se entiende -por medio del contrato- por la libre voluntad de los sujetos, antes que por la naturaleza o

El orden social y político no tendrá su fundamento y su contenido en algo dado previamente, ya sea en la naturaleza humana o en la voluntad creadora de la divinidad, sino que justifica su existencia por aquellos que viven en y bajo el orden por ellos creados. En este sentido, Guido Fassó pone un ejemplo: “el Estado será concebido como una libre y voluntaria creación de los individuos para la protección y garantía de sus derechos naturales, que pierde toda su justificación, pudiendo ser modificado o suprimido, cuando no cumpla ésta su función esencial”<sup>37</sup>.

Recapitulando, se ha dicho que en este nuevo método racionalista se vuelca la mirada del cielo al hombre, en el cual el hombre como individuo se convierte en el dueño de su existencia y en el arquitecto de su realización como persona, como individuo. Su ser como individuo se pondrá al servicio de sí mismo, ya no de un orden social o universal preestablecido o querido heterónomamente, sino que sus capacidades se volcarán a su autorrealización.

Para lograr lo anterior es necesario, por tanto, que el hombre se libere de las ideas de la antigua visión. Uno de los cambios más importantes para llevar a cabo el resto de transformaciones es otra forma de ver la libertad, la cual pasará a ser la base fundamental de la realización humana. La libertad es entendida y postulada –en el nuevo orden- como libertad frente a toda determinación externa<sup>38</sup>, tanto en lo que se refiere al pensamiento como a la acción. El individuo, como señor de sí mismo, ha de ser también su propio legislador: no asume (heterónomamente) límites para su acción por parte de un poder o autoridad ajenos o desconocidos, sino que se lo da (autónomamente) a sí mismo<sup>39</sup>.

---

por una voluntad trascendente.” O como se ha venido expresando “por un orden impuesto por Dios”, el cual se rompe por la nueva situación que se caracteriza por el individualismo (el señorío del sujeto, del hombre), y por la razón humana (inmanentísticamente racionalista). Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Op.cit. pp. 79 – 80.

<sup>37</sup> Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Op.cit. p. 82.

<sup>38</sup> Esta determinación externa se refiere a aquellos aspectos que son desconocidos por el hombre, es decir, aquellos factores que el hombre no controla directamente. En cambio las decisiones de sometimiento a la ley es un acto en el cual el hombre participará, en este nuevo orden, de su creación, lo que Rousseau denominará la voluntad general.

<sup>39</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Op.cit. p.p. 76 –77

Para caracterizar a esta corriente de libertad, que luego se convertirá en liberalismo, se pueden repetir las palabras de Benjamin Constant que al respecto dice: " Libertad en todo, en religión, en filosofía, en literatura, en industria, en política>>, uniendo esta libertad para el triunfo de la individualidad otra para el triunfo de una individualidad distinta, la de la nación ... se toma conciencia de que la libertad es el valor supremo de la vida individual y social, sino porque la libertad es la categoría que crea y desarrolla toda una serie de comportamientos políticos y sociales entre sí íntimamente ligados"<sup>40</sup>.

La dignidad humana, como principio dentro del humanismo laico, se funda en la libertad, en todo aquello que potencie su personalidad como individuo, su autorrealización en la esfera de su libertad, lo que pueda dar de sí para su dignificación. Cualquier fuerza que constriña su libertad, vulneraría por tanto su dignidad humana.

Efectivamente, para que ninguna fuerza externa al individuo pueda ver disminuida esa autorrealización el derecho juega un nuevo papel y, así, la institucionalidad entera inicia su transformación para permitir el desarrollo del hombre en ese nuevo orden. El derecho y la Democracia se transforman para proteger al hombre.

Ahora bien ¿cuál es la novedad que se presenta en el nuevo orden con respecto al Derecho Natural?, ¿en qué se diferencia con el antiguo orden?. Es necesario partir de la idea de que la razón dentro del Derecho natural como tal no es una novedad<sup>41</sup>, ya que desde el antiguo orden la razón ocupó un lugar dentro del derecho natural, pero no el que ocupa en el nuevo orden. En la visión filosófica medieval se tenía la concepción de que el derecho natural representa la garantía de la armonía fundamental entre los valores humanos y los cristianos, siendo la expresión de perfectibilidad del hombre, del poder y, de la dignidad de su razón. Pero el hecho de que una de sus expresiones de esa armonía fundamental entre valores humanos y cristianos sea la dignidad de su razón, no significa

---

<sup>40</sup> Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Op.cit. p. 264.

<sup>41</sup> El concepto de racionalismo es un término que era utilizado incluso en la escolástica como parte del derecho natural, pero siendo su principal razón Dios, no el hombre. El concepto de ratio se puede encontrar en los escritos de Santo Tomás como un concepto fundamental dentro del Derecho Natural. Pero el racionalismo que se desarrolla en el derecho natural moderno es un racionalismo –dirá Hans Welzel- de “nueva especie, influido por la ciencia de la naturaleza y el método cartesiano, es el impulso motor de la teoría del Derecho natural profano”. En este sentido el método racional permitirá conocer la naturaleza de las cosas a través de la razón humana. Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*. Op. cit. p. 114.

en modo alguno que sea propiamente racionalismo, ya que en esa idea del antiguo derecho natural está ausente el espíritu soberbio del moderno racionalismo. No hay ninguna afirmación de la autosuficiencia y de la inherente perfección del hombre. No hay ninguna reivindicación de abstractos “derechos”, ni de la autonomía del individuo como última fuente de todas las leyes y de todos los valores<sup>42</sup>.

En definitiva, lo verdaderamente diferenciador entre el derecho natural escolástico medieval y el derecho natural moderno, lo constituye, como ya se ha dicho, el método; éste método es el método racionalista, que permite fundamentar el derecho y la moral. Esta nueva forma de conocimiento del derecho natural da paso a la llamada “Escuela del Derecho natural”. Muchos filósofos, juristas y teóricos políticos forman parte de esta escuela, aun cuando entre los que formaban parte de dicha escuela existieran diferencias en las explicaciones que daban sobre las cosas, pero ¿qué era lo que los reunía bajo la denominada Escuela del Derecho natural?.

#### **b. Escuela del derecho natural moderno: rasgos esenciales**

Varios son los factores que unen a los pensadores alrededor de una misma Escuela de Derecho natural, que luego se convertirá en la base ideológica de grandes cambios históricos en las sociedades modernas. En resumen se pueden citar cuatro factores entre otros: en primer lugar su visión secular o laica, rompiendo con la dogmática teológica; en segundo lugar, el descubrimiento de reglas y valores en la naturaleza humana a través de la razón; en tercer lugar, el carácter subjetivista e individualista -por lo que en lugar de derecho natural es mejor hablar de los derechos naturales-, y finalmente el cuarto, su vinculación con las teorías contractualistas, especialmente con las doctrinas del contrato social<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> A.P. D’Entreves, *Derecho Natural*. Op.cit. p.p. 55 – 56.

<sup>43</sup> El mismo Eusebio Fernández García desarrolla esta idea en: *La aportación de las teorías contractualistas*, En Gregorio Peces – Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, SIGLO XVIII, v.II, *La filosofía de los derechos humanos*. Op.cit. p.p. 3 y s.s.

Hay un elemento que se encuentra en la base de los factores antes mencionados que une a estos pensadores dentro de la “Escuela del Derecho natural”, independientemente de sus posiciones respecto a la religión o a los ideales políticos, reside –como ya se ha dicho- en la cuestión del método, que es evidentemente el racionalista<sup>44</sup>. Veamos algunos rasgos que caracterizan a esta corriente de pensamiento.

### **b.1 La razón: fundamento del derecho natural. Grocio.**

Grocio es al que muchos pensadores sirve de parámetro en el inicio del pensamiento racional y opinan que el origen del iusnaturalismo moderno se remonta a él. Por un lado, la idea de que el hombre es por naturaleza un animal racional y social es el principio central del tratado de Grocio<sup>45</sup>. Por otro lado, Grocio quiso demostrar que se podía construir una teoría del derecho natural al margen de la teología y de los presupuestos metafísicos en que se inspiraba la escolástica. La formulación de las teorías expuestas en su obra, y en sus sucesores, son construcciones racionales, aunque no deje de mencionar alguna noción de Dios. Este elemento es el que interesa destacar ahora: la separación entre Derecho natural divino o voluntario de la escolástica con respecto a lo que él llama Derecho natural de la recta razón, que da paso a lo que se ha dado en llamar Derecho natural moderno.

La fundamentación del Derecho natural la realiza Grocio desde la razón, es decir, anuncia que su método es el racionalista, tal como se hace con la abstracción matemática: “Pues confieso claramente que yo me he separado del caso concreto al tratar el Derecho lo mismo que los matemáticos lo hacen al considerar las figuras separadas de los cuerpos.”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Op.cit. p. 83.

<sup>45</sup> Richard H. Cox, *Hugo Grocio*. En (et.al.) *Historia de la Filosofía Política*. Leo Strauss y Joseph Cropsey (compiladores), traducción de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 368.

<sup>46</sup> Es de recordar que uno de los factores que influyeron en la formación del Derecho natural moderno ha sido la influencia de las ciencias, y en esto han contribuido Bacon, Descartes, Galileo, Newton y otros; Grocio hace una analogía con las matemáticas en los Prolegómenos a los Tres Libros Del Derecho de la Guerra y de la Paz, lo que fundamenta su posición metodológica racionalista. Hugo Grocio, *Del Derecho de Presa; Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Traducción de Primitivo Mariño Gómez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 50

Al respecto el profesor D'Entreves comenta que "Grocio reclamaba para su tratamiento de los problemas jurídicos el mérito de la claridad, de la evidencia y la coherencia. Cualidades todas que fueron debidamente apreciadas por sus sucesores". Nos dice más adelante, "En ningún lugar está más patente el carácter "racionalista" de la nueva concepción que aquí. La analogía entre la matemática y la justicia tenía precedentes que se remontan a Platón".

Este autor sostiene "que el Derecho natural es aquel conjunto de normas que el hombre es capaz de descubrir mediante el uso de su razón". Este concepto viene a replantear "la noción escolástica del fundamento racional de la ética" en la que sin menospreciar a Dios, declara que "aquellas normas son válidas en sí mismas, independientemente del hecho de que Dios las haya querido"<sup>47</sup>. En este sentido para Grocio el Derecho natural deviene a través de la razón, estableciendo a su vez relaciones con la moral: "Derecho natural es el dictado de la recta razón. Este nos enseña que una acción es en sí moralmente torpe o moralmente necesaria, según su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional y social". Esto lo repite cuando hace la relación entre razón, Derecho y justicia: "Derecho aquí no es otra cosa que lo que es justo, y ello en un sentido negativo más que positivo, o sea, justo es lo que no es injusto. Es injusto lo que repugna a la naturaleza de la sociedad racional."

La diferenciación entre lo lícito e ilícito, el mandato y la prohibición, entre el Derecho natural divino y el Derecho natural racionalista, estableciendo los vínculos entre uno y otro, lo hace Grocio en los siguientes términos: "Las acciones de tal dictado de la razón son, en sí mismas, obligatorias o ilícitas, y por lo mismo o necesariamente mandadas o prohibidas por Dios. En este sentido se diferencia este Derecho no sólo del Derecho humano, sino también del Derecho divino voluntario, que no ordena o prohíbe lo que en sí mismo o por su propia naturaleza es obligatorio o ilícito, sino que al prohibir lo hace ilícito y al mandar lo hace obligatorio."

La separación con respecto a la escolástica se deja notar más claramente cuando Grocio afirma que el Derecho natural como tal es inmutable, no cambia, "que ni siquiera Dios lo

---

<sup>47</sup> A.P. D'Entreves, *Derecho Natural*. Op.cit. p. 64 y 67



puede cambiar. Pues a pesar de que es infinito su poder, se puede decir que existen cosas a las que su poder no llega. Y se habla así, porque dichas cosas no tienen sentido por su repugnancia en sí mismas. Y como dos no son cuatro y Dios no puede hacer que lo sean igualmente, lo que es intrínsecamente malo no puede hacer que sea bueno.”<sup>48</sup>

## **b.2 La dignidad humana: libertad ética e igualdad. Puffendorf.**

Pufendorf es llamado el “gran sistemático del pensamiento racionalista moderno”. De él se puede destacar su vocación clara al iusnaturalismo racionalista emprendida en parte por Grocio. Entre sus aportes interesan subrayar para ir conformando la teoría que sustenta el presente estudio, el concepto de *sociabilitas* como factor –dirá Pufendorf- para poder vivir: “La naturaleza del hombre está constituida de tal manera, que la raza no podría preservarse sin la vida en sociedad, y la mente humana es capaz de todas las ideas que sirven a tal fin”<sup>49</sup>.

Según el profesor alemán, la sociedad es una persona “*moralis composita*”, es decir, una persona moral compuesta por el Estado, la iglesia, la corporación local y las familias<sup>50</sup>. Relacionado a este concepto se encuentra también el de Dignidad Humana, el cual incluye los conceptos de libertad ética y de igualdad. Esta tríada de conceptos permiten conocer cual es la base ideológica y filosófica del ius naturalismo racionalista de Pufendorf, y cómo de ésta se deriva su argumentación de lo que serían los derechos del hombre.

El Derecho natural de Pufendorf descansa sobre el pilar de la sociedad humana (naturaleza social del hombre). Efectivamente, en el pensamiento de Pufendorf la existencia de un Derecho natural racionalista depende de la aceptación de una idea

---

<sup>48</sup> Hugo Grocio, *Del Derecho de Presa; Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Op.cit., p.p. 54, 57 y 58

<sup>49</sup> Samuel Von Pufendorf, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, Tomo I, traducido por Lelia B. V. De Ortiz, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, Argentina, 1980, p. 55.

<sup>50</sup> Salvador Giner, *Historia del Pensamiento Social*, editorial Ariel, 7ª. Edición, Barcelona, 1990, p. 255.

racional del hombre. Si esta desaparece queda también quebrantada la base de un Derecho natural racionalista<sup>51</sup>. Este principio supremo del Derecho natural –nos dirá Welzel- lo obtiene Pufendorf de la observación de la naturaleza humana cuya cualidad más sobresaliente es la imbecilias, es decir: el desamparo del hombre entregado a sí mismo. Uno de los caminos metódicos por los que deduce la imbecilias es la ficción de un hombre abandonado en un país desierto<sup>52</sup>. Luego de la imbecilias sigue como principio regulativo supremo del Derecho natural, la *socialitas*, que es necesaria para vivir, pero vivir en sociedad con otros hombres. Este constituye “un principio regulativo para la vida y no un instinto natural teleológico como en Grocio”, apunta Welzel.

Es en este concepto de *socialitas* que se encuentra la expresión de los principios materiales sustentadores del Derecho natural de Pufendorf: son la idea de la libertad ética y la de igualdad de todos los hombres. De la libertad ética, que constituye la dignidad del hombre se deriva la igualdad de Derecho natural, y de este, la libertad de Derecho natural. La idea de dignidad humana fundada en la libertad ética, se encuentra en el centro del sistema de Derecho natural de Pufendorf. Este pensamiento lleva la noción de sociabilidad con contenido propio, determina el juicio de todas las relaciones jurídicas en dicho sistema por la fuerza ética de su exposición, encendió y robusteció los corazones de los contemporáneos y de las generaciones sucesivas en la lucha por los derechos del hombre<sup>53</sup>.

Pero esta naturaleza social del hombre lleva inherente al hombre la dignidad que su mismo nombre le indica “la de hombre”; esto significa que “el hombre es un ser libre, moral igual y portador, por tanto, de una peculiar dignidad, que constituye su nota y cualidad más acabada, perfectamente distinguible de los otros seres de la creación”<sup>54</sup>. Las

---

<sup>51</sup> Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*. Op.cit. p. 143.

<sup>52</sup> Para dar a comprender esta idea de Pufendorf –Welzel- hace la parodia con un Robinson Crusoe abandonado en una isla en versión iusnaturalista. La idea del hombre abandonado en un país desierto fue objeto de mal entendimiento por parte de los teólogos, que creían que Pufendorf quería sustituir la ficción de Adán y Eva con la idea del hombre abandonado. Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*. Op.cit. p. 143.

<sup>53</sup> Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*. Op.cit. p.p. 145 - 146.

<sup>54</sup> Eusebio Fernández García, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del s. XVII*. En (et.al.) *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, *Tránsito a la modernidad, Siglos XVI y XVII*, dirección de Gregorio Peces – Barba y Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 590.

acciones humanas se diferencian a las de los animales en cuanto a que sus acciones están sometidas al entendimiento por poseer un alma infinitamente superior a la de las bestias, lo que implica que sus acciones están limitadas por la moralidad<sup>55</sup>. De este hecho –dirá Eusebio Fernández García- se deriva, también, la misma libertad humana, base de su dignidad y excelencia<sup>56</sup>.

Esta dignidad humana da paso a la idea fundamental de igualdad entre todos los hombres<sup>57</sup>, tal como lo dice el profesor Rodríguez Paniagua interpretando el pensamiento de Pufendorf: “puesto que la dignidad es atributo común de la naturaleza humana y no estamos en general dispuestos a sacrificarlo a ningún otro, es preciso que la sociedad se establezca sobre la base del reconocimiento de esta igualdad fundamental de todos los hombres; es decir, que este reconocimiento forma parte de los preceptos más fundamentales del Derecho natural”. Pufendorf es consecuente con su planteamiento de igualdad entre los hombres, el ejemplo más claro es el rechazo de la doctrina Aristotélica de los esclavos por naturaleza que todavía había sido tenida en cuenta por el mismo Grocio.

La importancia del concepto de Dignidad Humana de Pufendorf se encuentra en su justificación y no en su simple mención. Anteriormente Santo Tomás, Grocio y otros, ya hablaban de Dignidad humana, pero es Pufendorf el que resalta y hace central la idea de la Dignidad del hombre como ser éticamente libre, deduciendo de ella –dirá Welzel- la noción de los derechos del hombre y de la libertad que determinará el curso del siglo siguiente<sup>58</sup>. Lo siguiente confirma sus palabras al referirse a la dignidad del hombre: “Y

---

<sup>55</sup> *Le Droit de la Nature et de gens ou systeme general des principes les plus importants de la Morale, de la Jurisprudence, et de la Politique*, par Le Baron de PUFENDORF, traduit du latin par Jean Barbeyrac, tomo premier, Chez la veuve de Pierre de Coup, Amsterdam 1734, Libro I, cap. III, I, p. 41.

<sup>56</sup> Eusebio Fernández García, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del s. XVII*. En (et.al.) *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, *Tránsito a la modernidad, Siglos XVI y XVII*, dirección de Gregorio Peces – Barba y Eusebio Fernández García, Op. cit. p. 590.

<sup>57</sup> El concepto de *humanitas* es el sector jurídico del principio de la humanidad: los hombres son iguales por naturaleza, “aun cuando no se espere de otro hombre nada bueno ni malo, la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante nuestro. Esta razón basta ya sola, aunque no hubiera otra, para que el genero humano forme una comunidad pacífica. S. Pufendorf, *De jure nature et gentium*, II, cap. III, 16.

hasta la palabra “hombre” parece tener una cierta dignidad, al punto que el argumento último y más eficaz para rechazar el insolente desdén de los demás es: “Yo en verdad, no soy un perro sino un hombre como usted. Ya que como la naturaleza humana es igual en todos, nadie estará dispuesto o puede asociarse a otro que no sienta estima por él, considerándolo al menos como a su igual y participe de una naturaleza común; por tanto, entre los deberes mutuos el que ocupa el segundo lugar, es el siguiente: cada uno debe apreciar y tratar a su semejante como a su igual, es decir, como un hombre igual a él”<sup>59</sup>. Libertad ética e igualdad, son los dos principios en que se sustenta el concepto de dignidad humana de Puffendorf.

### II.2.1.2 El contractualismo y el gobierno de las leyes

El contractualismo y la legalidad se circunscriben dentro de lo que es el derecho natural racionalista que con junto a las teorías de los derechos naturales que vienen a desembocar en el principio de legitimidad democrática. Es necesario hacer notar que el surgimiento del contractualismo no posee un origen histórico en hechos, sino que tiene sus bases en ideas, ficciones, pensamientos, hipótesis que se van a conjugar posteriormente con hechos e intereses objetivos paralelos a los procesos de evolución del pensamiento humano. En cambio la legalidad tendrá una nueva misión y un nuevo rostro, la forma y el contenido van a constituir una de las columnas vertebrales del movimiento revolucionario y de constitución del nuevo sistema. Es aquí donde contractualismo y legalidad se unirán en esta campaña.

Con respecto al contractualismo, ficciones e ideas, van a coincidir con los hechos e intereses que se pueden resumir en tres: el individualismo, el racionalismo y los intereses de la burguesía, los cuales convivirán sintetizados en las teorías contractualistas a lo largo del siglo XVII y se concretarán en las declaraciones liberales de derechos del siglo XVIII<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> José María Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, Libro I, *De Heráclito a la Revolución Francesa*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 148 - 149.

<sup>59</sup> Samuel Von Pufendorf, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*. Op.cit. p. 94

<sup>60</sup> Eusebio Fernández García, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 127 y 130.



Para tener una idea más completa de cómo las ideas filosóficas sobre los derechos y el contractualismo se unen a los intereses de la burguesía para inspirar a los que lucharon por la creación del Estado liberal, se citará un párrafo que Eusebio Fernández García escribió como una interpretación histórica de estas ideas y hechos (fenómenos), que en sus palabras es “difícil de refutar” y que efectivamente permite tener luz sobre éstos fenómenos tan abstractos y discutibles. Dice así:

“Resulta sorprendente y muy atractivo analizar cómo la construcción de este nuevo principio de legitimidad se levanta sobre dos ficciones: la de un contrato social, que estaría en el origen de la sociedad y del poder político, y la de la existencia de unos derechos naturales, previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, y ya vigentes en un supuesto estado de naturaleza. Sin embargo, la situación cambia, dando un giro muy relevante, si no nos limitamos a la interpretación literal del pacto originario y de los derechos del estado de naturaleza y convertimos dichas teorías en principios reguladores de la sociedad civil y política. En el primer caso se trataría de defender la exigencia de considerar la sociedad y el poder político como si efectivamente se hubieran originado a través de un contrato, lo que permitiría justificar la exigencia de una vida social de hombres libres e iguales y fundamentar el poder en el consentimiento de los gobernados, haciendo así posible la participación en la elaboración de las leyes de los que van a ser sus destinatarios y la permanencia y vigencia del principio de la soberanía popular. En el segundo caso se trataría de convertir los derechos naturales en derechos morales, es decir, en exigencias morales referentes a la seguridad, la autonomía, a la libertad y a la igualdad humana, cuyo reconocimiento, respeto y garantía posibilita una convivencia social justa y limita y legitima al poder político”.

Para no omitir nada del planteamiento del profesor Fernández, es necesario seguir con la argumentación que él presenta, puesto que esta postura, como él la indica, puede ser objetada en el sentido de que se pueda confundir “el resultado final de una teorías con el desarrollo histórico de las mismas”. A lo anterior explica: “Sin embargo, creo que una buena parte de los autores contractualistas del siglo XVII y la, prácticamente, totalidad de los del siglo XVIII eran conscientes de que bajo la envoltura de esas dos ficciones teóricas

se encontraba el alumbramiento de un nuevo principio de legitimidad, el democrático, que iba a conquistar y condicionar los hechos futuros”<sup>61</sup>.

Dentro de estas teorías que no son más que ficciones e hipótesis del pensamiento clásico, se encierra un aporte que va encaminado al establecimiento de la idea de un gobierno legítimo como producto de un acuerdo voluntario entre agentes libres, y de un poder político legítimo (correcto o justo) como fruto de ese pacto social<sup>62</sup>.

Para comprender mejor el aporte y la filosofía en que se basa el contractualismo, es indispensable tomar en cuenta algunos rasgos que muestra Eusebio Fernández que como se constatará son congruentes con el discurso que se ha venido desarrollando sobre los fundamentos filosóficos del Estado liberal de Derecho. Los rasgos que se mencionan son:

- 1- **Las teorías contractualistas constituyen un nuevo principio de legitimidad**, y como lo ha señalado el profesor Fernández, ese nuevo principio de legitimidad es el democrático. Dicho principio se basa en que dada la ficción del contrato o pacto social se proponen nuevas formas de organizar la sociedad, teniendo como base de esa organización la voluntad de los ciudadanos (soberanía popular). El consenso y el consentimiento<sup>63</sup> serán por tanto una herramienta básica en las nuevas relaciones entre ciudadanos, Estado y Derecho. El poder que surja de ese consenso o

---

<sup>61</sup> Eusebio Fernández García, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984, p.p. 127 y 128. El mismo Eusebio Fernández García desarrolla esta idea en , *La aportación de las teorías contractualistas*, En (et.al.) *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, *La filosofía de los derechos humanos*, dirección de Gregorio Peces – Barba y Eusebio Fernández García, Madrid, 2001, Op. cit. p. 8.

<sup>62</sup> P. Voz Riley, *Contrato Social*, en Enciclopedia del pensamiento político, dirigida por D. Miller, traducción de María Teresa Casado Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid 1989, p. 112, y citado por Eusebio Fernández García, *La aportación de las teorías contractualistas*. En (et.al.) *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, *La filosofía de los derechos humanos*, dirección de Gregorio Peces – Barba y Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 8.

<sup>63</sup> Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado Porras lo señalan de esta manera: “Con la idea de consentimiento se debilita hasta el límite la legitimidad del Estado absoluto y es un concepto inseparable del contractualismo”. Anteriormente se preparaban las bases y los cimientos de las nuevas relaciones entre gobernantes y gobernados, entre individuos y poder. La profesora Goyard Fabre, indica que ya en Hobbes se “preparaba el postulado fundamental del Derecho público en los regímenes democráticos modernos: la identidad jurídica entre el pueblo nación y sus representantes; había presentado que la legitimidad de los gobernantes no debía buscarse sino en el acuerdo y en el asentimiento del pueblo...”. Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García: *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, , Op.cit. p. 85.

consentimiento de la voluntad de los ciudadanos constituirá un límite en el ejercicio de ese poder.

- 2- ***Las teorías contractualistas no pueden comprenderse independientemente de la filosofía individualista.*** Este rasgo se fundamenta en que la razón de legitimidad del poder político lo constituye el individuo, es decir, la persona humana en su dignidad y sus derechos como máximo valor. El concepto individualista del contrato social va hacer trasladado a toda la realidad humana como fruto revolucionario de la ilustración, en tanto que se convierte con el tiempo en el paso fundante y triunfante de derechos naturales, libertades personales y cívicas, igualdad moral, social y jurídica en la sociedad y frente al Estado.
- 3- ***La prioridad de carácter individualista no significa anarquía, sino autolimitación de la libertad individual a través del contrato social.*** La libertad no significa justificación de cualquier acto que ponga en peligro la paz y el orden sociales entre los individuos y entre éstos y la sociedad en general. Como dirá Eusebio Fernández, “La libertad total es la característica de un invivible estado de naturaleza. El contrato nos permite otra forma de vida que, además de necesaria, es más justa”. “El contrato social es el puente entre los derechos naturales del individuo y las exigencias de la vida social y política”<sup>64</sup>. Para argumentar esta idea cita a Bernard Groethuysen que dice: “todas las relaciones entre hombres, que tienen por origen un acto de violencia, son ilegítimas. Únicamente están fundadas en derecho aquellas que nacieron de la libre voluntad de las dos partes”<sup>65</sup>.

Estos son los rasgos más importantes y generales del contractualismo, lo cual constituyen el fundamento filosófico, político y social del moderno Estado de Derecho. Esta idea del contractualismo aglutina un sin fin de conceptos políticos y filosóficos que en el transcurrir de la historia van teniendo forma, tales como los derechos inalienables, legitimidad y

---

<sup>64</sup> Eusebio Fernández García, *La aportación de las teorías contractualistas*. En Gregorio Peces – Barba y Eusebio Fernández García: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, *La filosofía de los derechos humanos*, dirección, Op.cit. p.p. 11, 14 y 17.

<sup>65</sup> Bernard Groethuysen, *Filosofía de la Revolución Francesa*, traducción de Carlota Vallée, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p.p. 240 – 241.

límites del poder político, sometimiento a la ley, consenso, legitimidad democrática y otros.

En definitiva, las doctrinas contractualistas basan la legitimidad en el consentimiento y con la consecuente valoración del principio de las mayorías que está en el origen de los derechos políticos<sup>66</sup>. Con respecto a los derechos morales del Estado de Naturaleza y previos al contrato “se convertirán en derechos fundamentales y razón principal del pacto. El poder que nace del consentimiento en el contrato tendrá como finalidad reforzar la eficacia de los derechos que pasarán de ser derechos morales (naturales) a derechos jurídicos (con su contenido moral protegido por normas coactivas y garantizadas por sanciones institucionalizadas)”.

En consecuencia es imprescindible conocer algunas ideas en torno al contractualismo, sobre todo porque del contractualismo “se deduce toda la transformación de la legitimidad de origen, de la soberanía nacional o popular, del consentimiento de los gobernados y se deducen el principio de las mayorías, clave de la legitimidad de ejercicio, y también los derechos del hombre.”

Tal como se ha venido mencionando y haciendo eco del título de este apartado de la investigación, la legalidad constituye un aspecto necesario en la consecución del contrato, al cual hemos llamado el gobierno de las leyes. Sobre este tema el profesor Virgilio Zapatero inicia su artículo “*El club de los Nomófilos*”, de la siguiente manera: “El siglo de

---

<sup>66</sup> Los profesores Peces-Barba y Dorado Porras refiriéndose al consentimiento como base de legitimidad del poder y la autoridad indican que “La voluntad se expresa originariamente a través del pacto que consagra los compromisos fundamentales del consentimiento y del principio de las mayorías, que es el cauce para las manifestaciones ordinarias de voluntad. El consentimiento del pacto se puede identificar con la idea de poder constituyente, el consentimiento en la acción cotidiana del Gobierno es el poder constituido.” Más adelante agregan con respecto a las relaciones entre política y derecho y con el nacimiento de la idea de Constitución como norma que “el carácter normativo de la Constitución y la idea de construcción jerárquica del ordenamiento que tiene como norma suprema a la Constitución. En éste ámbito surgirán los derechos políticos, como derechos a participar en la formación del poder constituyente y del poder constituido. Son los derechos de la segunda generación, la primera será la de los derechos individuales y civiles, y su generalización en el siglo XIX dará lugar al sufragio universal, columna vertebral de esos derechos políticos.” Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 77, 86 y 87.



las Luces, entre otras muchas cosas, fue también el siglo de las leyes.”<sup>67</sup> La ilustración es el momento en el que daba sus primeros brillos la luz de la razón y la pasión por las leyes. La labor de la creación de la ley (la labor legislativa) se considerará como un objeto fundamental de reflexión y estudio, con la finalidad de que esas leyes sean buenas. Por supuesto que no es la única y exclusiva época en que se decantarán los hombres al estudio de las leyes y su creación, pero será el iluminismo el tiempo en que el universo cultural del momento dedicará especialmente el uso de la razón para tal fenómeno social<sup>68</sup>, como parte de la filosofía del derecho. “Desde ese estatuto de racionalidad, la ley será para los ilustrados el único camino para la libertad política y también expresión de la igualdad de todos ante ella.”

Es una época en que la ley ocupará el centro de análisis como el nuevo producto o la bandera con que la libertad y la igualdad se harían realidad, pero además será la ley el camino idóneo para lograr los objetivos del contrato social. Con el intento de complementar razón y voluntad en la teoría de la legislación, se trata de superar la antigua polémica entre voluntarismo e intelectualismo del pensamiento clásico y la edad media. Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado Porras en este sentido dicen que: “La ley sería la mediadora que devolvería la diferencia insalvable entre el poder legítimo y el Derecho racional, porque éste sólo actuaría por medio de la ley. Es el Estado de Derecho, como gobierno de las leyes, por las leyes, y bajo las leyes. Sólo cuando se da éste último paso del sometimiento del poder a las leyes, se puede decir que está completamente desarrollado el intento. La ley será el vehículo de la racionalidad, la libertad, el objetivo a alcanzar, y los derechos el contenido que otorga racionalidad a las leyes. Por eso la libertad sólo será posible a través de la ley.”

Todo este entramado cobra sentido cuando se vincula al tema de la ley la superación del estado de naturaleza a través del contrato social, donde “todos tienen poder y no existe

---

<sup>67</sup> Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p.p. 61 a 94.

<sup>68</sup> Virgilio Zapatero señala que “si volvemos la mirada hacia atrás, nos encontraremos con una impresionante literatura que de alguna forma se ocupó del problema de cómo mejorar las leyes. Las obras de PLATÓN (Las Leyes), ARISTÓTELES (Política), CICERÓN (Las Leyes), GEMISTO PLETÓN (Tratado sobre las Leyes), SANTO TOMÁS (Suma Teológica) o las grandes obras del iusnaturalismo del XVII son una prueba de esta rica literatura.” Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 62.

ningún poder superior por encima de los miembros de la comunidad que viven en ese estado.” Para la definición de esta nueva forma de ejercicio de poder limitado es que se crea la ley, por medio de la cual actúa la libertad cuyo contenido son los derechos. La libertad que es uno de los objetivos a alcanzar por el nuevo régimen, es la armadura de los derechos que pasarán a ser derechos jurídicos por medio de la ley, es decir, los derechos humanos. “Si se pudiese hacer lo que la ley prohíbe, volveríamos al estado de naturaleza. Así como dice Kant, el Derecho que en ese tiempo es tanto como decir la ley, es una coordinación de libertades.”<sup>69</sup> Jurídicamente la diversidad de fuentes normativas tales como *ius commune*, los derechos especiales, locales, las costumbres, el clima de inseguridad e incertidumbre provocado por los defectos intrínsecos de la legislación<sup>70</sup>, así como los llamados defectos extrínsecos como son el caos de las interpretaciones doctrinales y judiciales y el desmesurado arbitrio judicial<sup>71</sup>. Frente a esta inseguridad producida por la diversidad de fuentes e interpretaciones erróneas por las jurisdicciones, se reclamarán soluciones al soberano para poner orden. Ese orden llegará por las exigencias políticas y de intereses de la burguesía, la cual se manifestará en la ley. De esta manera nace el denominado *racionalismo constructivista*<sup>72</sup>, que suponía “tanto la decisión de enterrar el orden feudal y construir un nuevo orden social –el burgués– como

<sup>69</sup> Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 88 y 89.

<sup>70</sup> El profesor Virgilio Zapatero hace un resumen de las ideas de Ludovico Antonio Muratori en cuanto a los defectos intrínsecos de las normas: “Los defectos intrínsecos –imposibles de remediar– eran los siguientes: a) las normas jurídicas no pueden ser totalmente claras, lo que obliga a la interpretación y a nuevas oscuridades; b) las normas no pueden prever todos los supuestos de la realidad; c) las manifestaciones de intenciones y de voluntades son susceptibles de interpretaciones diferentes y contradictorias, y d) en último caso, la aplicación práctica del Derecho depende de los jueces, y sus decisiones vienen a veces marcadas por sus errores, sus pasiones, etc. (Nota a pie referida a MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, cap. III, págs. 18 y ss.) en Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 64.

<sup>71</sup> Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 90. Y Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 64.

<sup>72</sup> Friedrich A. Von Hayeck, *Law, legislation and liberty : a new statement of the liberal principles of justice and political economy*, v.1. *Rules and order*, London : Routledge , 1973-1979. Versión en castellano, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, tomo I, Madrid, Unión editorial , Santiago (Chile), Centro de Estudios Públicos, 1985, p. 32.

la convicción de poder hacerlo <<caminando en la noche pero precedidos de una luz>><sup>73</sup> o razón.”<sup>74</sup>

Como expresión de las necesidades e intereses sociales, y en especial de la nueva clase social, la burguesía, es que el instrumento de razón y de organización de la sociedad será la ley. Montesquieu, que aunque no es contractualista<sup>75</sup> su teoría es precisa para comprender la relación entre legalidad y contrato. Muy al contrario de Locke y Rousseau, hace un planteamiento empírico de los hechos sociales fundantes de la ley. Su importancia, como se ha mencionado en su momento, está en el aporte sobre la organización del Estado (división de poderes) y la ley, lo que constituiría el marco de libertad y los límites al poder que la sociedad exige para la convivencia social.

Para Montesquieu las leyes eran “el instrumento racional para el gobierno de los hombres y para la existencia de la libertad y de la seguridad jurídica.”<sup>76</sup> Aunque para comprender a Montesquieu y su definición de ley hay que señalar que operaba continuamente con dos distintos conceptos de ley, “no siempre convenientemente delimitados, la *ley relación* y la *ley mandato*.”<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Voltaire, voz *Philosophe de la Enciclopedia*, en Artículos Políticos de la Enciclopedia, ed. De Ramón Soriano y Antonio Porras, Tecnos, 1986, p. 60.

<sup>74</sup> Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 66.

<sup>75</sup> Hay que recordar que lo que diferencia a los contractualistas como Locke y Rousseau con respecto a Montesquieu son muchos elementos, pero básicamente en que sus aportes están definidos en lo que sería el contrato social para los primeros y el fenómeno de la ley para el segundo. Aunque estos autores hablen de la legalidad sus métodos varían, ya que Montesquieu se desenvuelve dentro de su visión empírica de la ley, en cambio Locke y Rousseau lo hacen desde la visión hipotética e ideal del contrato o pacto social.

<sup>76</sup> En Rousseau se puede encontrar que todo el contrato social se desprende de su concepción de gobierno ideal la “República”, está sometido a la Ley. Esas leyes tienen como finalidad la libertad y la igualdad que son los valores de los que derivan los derechos fundamentales. Es así como en Rousseau aparece la idea de positivación de los derechos a través de la ley y también que esos derechos son límites al poder, a ese poder legítimo regulado por la ley y que en eso se distingue de la simple fuerza. Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 93 y 103.

<sup>77</sup> Louis Althusser, *Montesquieu: la politique et l'histoire*, Presses Universitaires de France, 1959. Versión castellana, *Montesquieu: la política y la historia*, Ariel, Barcelona, 1974. Y en Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 67.

La *ley mandato* era aquella que se venía realizando antes y hasta la filosofía del derecho en épocas de Montesquieu, y consistía en “que presuponía un legislador, unos destinatarios, un contenido y una sanción para garantizar su cumplimiento: son las leyes que promulga el legislador.” Pero lo novedoso del aporte de Montesquieu se encuentra en las *leyes relación* en la que se incorpora un nuevo concepto de ley “que supone afirmar que, más allá de las leyes promulgadas por los hombres o incluso por Dios, existe un orden interno, una legalidad que gobierna las propias leyes positivas, las naturales e incluso las divinas. Y es aquel orden interno o legalidad lo que Montesquieu se propuso investigar y descubrir.”

La intención de Montesquieu fue, que sobre la base del análisis histórico, conseguir orientar al legislador, para obtener leyes técnica y formalmente perfectas. Pero debe entenderse que atrás de todo el análisis histórico y técnico de su arte de legislar se escondía toda una intencionalidad cuyo ideal era la seguridad jurídica, incompatible con la diversidad de fuentes normativas, el caos interpretativo de dichas normas y las formas despóticas del gobierno.<sup>78</sup>

Ahora se procederá a señalar algunos aspectos para conocer más de cerca algunas ideas sobre el contractualismo y el gobierno de las leyes. Para este fin se han escogido los aportes ideológicos de tres pensadores clásicos como son John Locke, Jean Jacques Rousseau para el tema del contractualismo, y a Montesquieu, con el gobierno de las leyes. Los planteamientos sobre el contractualismo y la legalidad de estos autores, se relacionan con la libertad y la igualdad que parten de la idea de que: el ámbito de libertad e igualdad de los individuos se encuentra en la base del pacto y su materialización en la ley, en la que el aporte de Montesquieu es clave para comprender el fundamento ideológico e histórico del Estado de Derecho.

#### **a. Contractualismo y legalidad. Locke**

John Locke, desde el contexto inglés es uno de los pensadores de la edad moderna que han contribuido a la construcción de las bases de las futuras declaraciones de Derechos,

---

<sup>78</sup> Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 67, 68 – 75

tanto francesa como americana. No es solamente el hecho que es contemporáneo de la visión del derecho natural racionalista y de formación liberal, sino que lo que interesa conocer de él es su aporte al derecho en cuanto a su visión del derecho contractual y la ley.

### **a.1 Ley de la naturaleza: libertad e igualdad**

La posición filosófica de Locke parte del Estado de naturaleza, en la que los individuos poseen derechos que son derechos naturales como la vida, la libertad y el derecho a la propiedad que son inherente y consustancial a los hombres.

Interesa destacar en este estudio la libertad y la igualdad como uno de los contenidos del estado de naturaleza. La perfecta libertad –en Locke- es aquella en la que cada uno puede disponer, según su voluntad, de las acciones, bienes y posesiones según como le parezca. La igualdad, se refiere a que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás.

En palabras de Locke con respecto al estado de naturaleza dirá: “éste es un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre”. Con relación a la igualdad nos dice: “Nada hay más evidente que el que criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades, hayan de ser también iguales entre sí, sin subordinación o sujeción de unas a otras...”, aunque expone más adelante que esta igualdad posee una excepción y es que el amo y señor de todas las cosas disponga por soberanía poner unas sobre otras.

El estado de libertad no es un estado de licencia, sino que la misma posee límites, en cuanto a que el hombre no puede destruirse a sí mismo, ni tampoco a ninguna criatura de su posesión, excepto en el caso de que ello sea requerido por un fin más noble que el de su simple preservación. Por lo tanto, ese estado de naturaleza posee una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos, que posee sus límites y que es ejercida

por todos de igual manera; pero para conocer esa ley de la naturaleza el hombre lo hace a través de la razón, es decir, a partir de experiencias sensibles.

La razón se vincula con el derecho natural en cuanto a que “la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones...”. Quien transgreda esa ley natural se merece un castigo que deberá ser aplicado con serenidad y no al calor del apasionamiento, con el uso según de la serena razón y de la conciencia, utilizando penas que sean proporcionales a la transgresión y que sirvan para que el criminal repare el daño que ha hecho y se abstenga en recaer en su ofensa.

Es así como a John Locke le preocupan tres temas fundamentales, la razón, la libertad y la igualdad. Estos temas van vinculados entre sí, de manera que su visión con respecto al derecho natural es secular, apelando a la razón, que junto a la libertad y la igualdad, el hombre alcanza su plenitud de naturaleza humana, pero para ello es necesario crear los mecanismos necesarios para garantizar esa realización humana: el contrato y la legalidad.

## **a.2 Contractualismo y legalidad**

Siguiendo con las ideas anteriores, dirá Locke: “al ser los hombres, como ya se ha dicho, todos libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esa condición y puesto bajo el poder político de otro sin su propio consentimiento”. La única manera que el hombre puede ser sacado de su condición privándose de su propia libertad natural es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad a fin de convivir unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, garantizando así su propia libertad e igualdad.

Es el individuo que por propia voluntad decide privarse en parte de su libertad para que sea un gobierno que decidirá por mayoría los intereses de todos. La fuerza impulsora de esa decisión mayoritaria lo constituye el consentimiento de los individuos que hay en ella. Por lo que es necesario e imperativo que el cuerpo se mueva en una sola dirección, hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría.

Lo anterior tiene explicación si se comprende que en la visión antropológica de Locke, el individuo en su estado de naturaleza, busca siempre alcanzar reconocimiento y fama. La búsqueda del reconocimiento y de la fama, que es propio de su estado de naturaleza degenera en estado de guerra, siempre que por ese fin, un hombre o varios hombres deciden atentar contra la vida o la propiedad de otro o de otros, dando paso a un estado de guerra en el que el agredido tiene derecho a responder de la agresión, dando al agresor un trato como el que se le daría a “un lobo o a un león”<sup>79</sup>.

Para evitar este estado de guerra los hombres se ponen así mismos en estado de sociedad y abandonan el estado de naturaleza. Allí donde hay un poder terrenal del que pueda obtenerse reparación apelando a él, el estado de guerra queda eliminado.

El otro aspecto importante a reseñar y que no puede ser visto aislado de la idea del contrato es el gobierno de las leyes. Gregorio Peces – Barba opina que “La idea del gobierno de las leyes deriva también del contrato, y es como la forma propia de desarrollar la acción del poder político en la sociedad que Locke concibe, y además como la forma más adecuada para hacer en la sociedad posible la libertad natural”<sup>80</sup>.

Locke expresa esta idea de la siguiente manera: “ la libertad no es lo que Sir Robert Filmer nos dice (*Observations upon Aristotles’s Politics* 1652): <<una libertad para que cada uno haga lo que le plazca, o viva como guste, sin sujetarse a ley alguna>>; sino que la libertad de los hombres en un régimen de gobierno es la de poseer una norma pública para vivir de acuerdo con ella; una norma común establecida por el poder legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad; una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma; un no estar sujetos a la inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre, del

---

<sup>79</sup> John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 1996, p. 36 - 46, 111 y 112.

<sup>80</sup> Gregorio Peces – Barba Martínez, *Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*. Separata del Tomo VI del ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, 1989, p. 78.

mismo modo que la libertad natural consiste en no tener más trabas que las impuestas por la ley de naturaleza”<sup>81</sup>.

De lo anterior se derivan dos ideas básicas que son: primero, todo gobierno debe ser ejercido bajo el mandato de las leyes, a las cuales todo individuo debe someterse; y en segundo lugar, que la idea de la ley consiste fundamentalmente en la protección de la libertad y posesiones, asegurando la paz y la seguridad, lo que se logra limitando de alguna manera la libertad de cada individuo. Por lo que transgredir la ley es llegar a un estado de guerra, en la que se altera el bien común que pretende la ley.

### **a.3 Estado de guerra y administración de justicia**

En el estado de naturaleza desarrollado por Locke, los hombres no están en principio en lucha, sino en un estado de cooperación regido por la razón natural, por medio de la cual los hombres descubren sus derechos y deberes que los lleva a establecer vínculos espontáneos encaminados al bienestar común<sup>82</sup>. Pero el individuo tiende a buscar y pretender reconocimiento y fama, lo cual puede conducirlo a transgredir la ley de naturaleza que puede traducirse en un estado de guerra. Por lo tanto, será la vida en sociedad a través del contrato social la que traerá la paz y la seguridad a los individuos, a través del juzgamiento y la aplicación de castigos a quienes transgredan dicha ley.

Lo que se puede interpretar del pensamiento de Locke es que la razón última del contrato y la ley sería la convivencia pacífica de los individuos, asegurando su libertad, sus posesiones y bienes. Es aquí en la búsqueda de la paz en donde Locke vincula la función de juzgar con la del estado de guerra: “ La falta de un juez común que posea autoridad pone a todos los hombres en un estado de naturaleza; la fuerza que se ejerce sin derecho

---

<sup>81</sup> John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Op. cit. p.p. 52 - 53

<sup>82</sup> No hay que confundir esta idea con la idea de Hobbes en la que el estado de naturaleza se basa en una visión antropológica pesimista en que los hombres viven en un estado de lucha de todos contra todos. En el estado de naturaleza del hombre, anterior a la sociedad, el hombre es un lobo para el hombre “*homus lupus homus*”, el hombre es el lobo del hombre, por lo que la razón aconseja un contrato o pacto social para salir de la vida del estado naturaleza, donde la vida es “solitaria, pobre, desnuda, bestial y breve”. Tomás Hobbes, *Leviatán; o la Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, cap. XIII.



y que atenta contra la persona de un individuo produce un estado de guerra, tanto en los lugares donde hay un juez común, como en los que no lo hay". (Cap. 3, 20)

"Pero cuando la fuerza deja de ejercerse, cesa el estado de guerra entre quienes viven en sociedad, y ambos bandos están sujetos al justo arbitrio de la ley. Pues entonces queda abierto el recurso de buscar remedio para las injurias pasadas, y para prevenir daños futuros. Mas allí donde no hay lugar a apelaciones -como ocurre en el estado de guerra- por falta de leyes positivas y de jueces autorizados a quienes poder apelar, el estado de guerra continúa una vez que empieza ... Es más: allí donde la posibilidad de apelar a la ley y a los jueces constituidos está abierta, pero el remedio es negado por culpa de una manifiesta perversión de la justicia y una obvia tergiversación de las leyes para proteger o dejar indemnes la violencia o las injurias cometidas por algunos hombres o por un grupo de hombres, es difícil imaginar otro estado que no sea el de guerra; pues siempre que se hace uso de la violencia o se comete una injuria, aunque estos delitos sean cometidos por manos de quienes han sido nombrados para administrar justicia, seguirán siendo violencia e injuria, por mucho se disfracen con otros nombres ilustres o con pretensiones o apariencias de leyes"<sup>83</sup>.

Las anteriores palabras dejan clara la posición crítica de Locke ante la ley y la administración de justicia, lo cual se traduce en su peculiar visión de estructura del Estado. Para Locke la estructura del Estado se basa en tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el federativo<sup>84</sup>. Como se apreciará no aparece el poder judicial, ya que la función de juzgar la ubica dentro de la función de hacer el derecho, es decir, en el legislativo. Norberto Bobbio hace una interpretación coherente con la visión ilustrada de la ley al referirse al papel del Poder Judicial frente a esta: "la función del juez imparcial es desarrollada en la sociedad política eminentemente por aquellos que hacen las leyes, porque un juez imparcial puede existir sólo en la medida en que existan leyes generales establecidas en modo constante y uniforme para todos. Por tanto el poder judicial no se distingue, no tiene una razón particular para distinguirse, respecto a la función de establecer quién está equivocado y quién tiene razón, del poder legislativo. Legisladores y

---

<sup>83</sup> John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Op. cit. p. 49 – 50.

<sup>84</sup> John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, traducción al castellano de A. Lázaro Ros, Aguilar, Buenos Aires, 1960, cap. XII, p.p. 161 y ss.

jueces tienen la misma función: establecer el Derecho, esto es las reglas de convivencia”<sup>85</sup>.

No obstante que Locke da buena importancia a la función de juzgar no lo nombra como un poder dentro de la estructura del Estado que él idea, lo cual es curioso ya que basa sus criterios en la imparcialidad y la independencia que debe tener el juez cuando juzga. Esa imparcialidad se encuentra en la relación juez y ley. Es necesario por tanto que el soberano establezca jueces imparciales encargados de resolver los litigios mediante leyes, jueces señalados y conocidos que apliquen las leyes “fijas y promulgadas”<sup>86</sup>. Lo que en la actualidad se convierte en los principios de juez natural y existencia previa de la ley “nulla poena sine lege” en materia penal.

Es en las anteriores palabras de Locke, y seguramente de muchos pensadores que no han sido citados en esta investigación, se encuentra la explicación y la descripción de lo que sucede en sociedades en donde la falta de justicia, en términos de administración de justicia, han sido una de las causas de guerras, revoluciones, e incluso violencia generalizada que en la boca de Locke es el estado de guerra. La historia ha sido la mejor testigo de esas causas y efectos.

Otro aspecto que coadyuva al mantenimiento de la paz y la protección de los derechos es la Igualdad ante la ley, la cual es fundamental para evitar el estado de guerra: “Pues es el fin de las leyes proteger y restituir al inocente mediante una aplicación imparcial de las mismas, y tratando por igual a todos los que a ellas están sometidos. Siempre que no se hace algo *bona fide*, se está declarando la guerra a las víctimas de una acción así; y cuando los que sufren no tienen el recurso de apelar en la tierra a alguien que les dé la razón, el único remedio que les queda en casos de este tipo es apelar a los Cielos”.

De todo esto se puede desprender que la falta de justicia lleva a la impunidad, la cual es una de las causas y consecuencias del actual deterioro social de muchos países del mundo. Una impunidad que puede ir a la par de la arbitrariedad, cuando son los mismos

---

<sup>85</sup> Norberto Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Turín, 1963, p. 267, y citado en castellano por Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons El Magnànim. Institució Valenciana d’Estudis i Investigació, 1997, p. 45.

<sup>86</sup> John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Op. cit. Cap. IX, 131, p. 145.

funcionarios de aplicar la ley y de garantizar los derechos quienes las transgreden. Aunque esto fuere denunciado desde tiempos por Locke, muchos estados de guerra en la actualidad se deben precisamente a que las instituciones encargadas de velar por el respeto de los Derechos y la aplicación imparcial de la ley no lo hacen. Es en ese momento cuando se genera un estado de guerra, en que las víctimas se encuentran desamparadas ante tales circunstancias, apelando muchas veces a la justicia por propia mano (violencia) o apelando a la voluntad divina o del Cielo como lo dice el filósofo inglés.

Locke al respecto afirma que: “Para evitar este estado de guerra – en el que sólo cabe apelar al Cielo, y que puede resultar de la menor disputa cuando no hay una autoridad que decida entre las partes en litigio- es por lo que, con gran razón, los hombres se ponen a sí mismos en un estado de sociedad y abandonan el estado de naturaleza”<sup>87</sup>.

#### **b. Estado de naturaleza y contrato social. Rousseau**

Rousseau desarrolla su pensamiento en una época de constantes transformaciones económicas y políticas, época del iluminismo (ilustración) entrada la revolución industrial, momento en el cual la filosofía del entonces se centra en la admiración y justificación de los grandes avances tecnológicos, de la ciencia y la cultura.

Para entender a Rousseau hay que visualizarlo en dos momentos: el primero (época de juventud) en la cual enmarca su filosofía hacia la importancia del ser humano como ser natural; es decir, preeminencia de la naturaleza humana versus el Estado de la sociedad culta y civilizada. El segundo momento, sería la justificación y basamento del contrato social.

---

<sup>87</sup> John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Op. cit. p. 50.

## **b.1 El estado de naturaleza**

Como parte de su saber crítico frente a las teorías del momento, la filosofía de Rousseau se opone conscientemente a la filosofía de la ilustración (la cual planteaba el ideal de progreso de la sociedad por un cultivo de la razón a través de las artes y la ciencia). Este pensador desarrolla su propia teoría acerca del hombre. Frente a la razón tiene primacía el sentimiento y la voluntad, las virtudes morales sobre las intelectuales, el hombre por tanto, es naturalmente bueno, en el sentido que tiende a buscar su supervivencia y al hacerlo es también compasivo con los hombres y no trata de dañarles. Excluye el egoísmo como característica del hombre, ya que el hombre natural es un animal que se rige por sus instintos, que lo llevan al cumplimiento de los fines que le marca su naturaleza, la supervivencia, la búsqueda de la felicidad, la compasión y la libertad.

En el Estado natural del hombre no había necesidad de propiedad privada, ésta fue resultado de ideas, de conocimiento e industria que no son intrínsecamente naturales, sino que implica sociedad, lenguaje y pensamiento. El egoísmo, las ciencias, las artes, la guerra, la esclavitud y el vicio o, las virtudes morales, existen en tanto y en cuanto los hombres se desenvuelvan en sociedad. Estas ideas de Rousseau desarrolladas en su teoría sobre la desigualdad y expuestas en el "Discurso sobre el origen y los Fundamentos de la desigualdad entre los hombres", desarrolla el problema de la desigualdad moral y política que se convierte en permanente y legitimada por obra de la propiedad privada y de sus leyes.

Existe una desigualdad que no es mala al contrario hay que potenciarla y mantenerla, es la desigualdad de talentos naturales, físicos e intelectuales. Pero el problema se presenta cuando se da el paso del estado naturaleza a la sociedad organizada que es cuando surge la propiedad privada: "El verdadero fundador de la sociedad civil fue el primer hombre que, tras cercar una porción de tierra, tuvo la ocurrencia de decir "Esto es Mío" y dio con gente lo suficientemente simple para hacerle caso... "se introdujo la propiedad, desapareció la igualdad, las selvas se convirtieron en campos feroces y la esclavitud y la miseria crecieron con las cosechas... las usurpaciones de los ricos, los lobos de los pobres y las desenfrenadas pasiones de unos y otros ahogaron las voces de la

compasión natural y, la voz, todavía débil, de la justicia, y llenaron a los hombres de avaricia, ambición y vicio".

A partir de este estado de guerra, instituido por el surgimiento de la propiedad privada, se hizo necesario la constitución de Estado, porque dada la inseguridad general, había que asegurar la libertad y la propiedad. Pero la institución de la sociedad política, sigue diciendo Rousseau, "aplicó nuevas ataduras al pobre y dio nuevos poderes al rico; destruyó irrecuperablemente la libertad natural, fijó eternamente la ley de la propiedad y la desigualdad, convirtió la astuta usurpación en derecho inalterable y para ventaja de unos pocos individuos ambiciosos, sometió la humanidad entera al trabajo, la esclavitud y la miseria a perpetuidad".

Ahora bien, frente al problema de la igualdad – desigualdad otro aspecto que tiene igual importancia para Rousseau es su concepto de libertad, el cual lo concebía como la instancia democrática de la libertad igualitaria. No es más que el derecho de cualquier hombre al reconocimiento social de sus cualidades y capacidades personales: es la instancia democrática, verdaderamente personal del mérito; es decir, de la potenciación social del individuo y, por tanto, de su personalidad". En otras palabras, Rousseau se refiere, no a la igualdad de los hombres, sino a la igualdad entre los hombres, una igualdad dada en sociedad, una sociedad igualitaria pero formada por hombres distintos que tienen en común su libertad y su estado de naturaleza (la desigualdad natural intrínseca a cada hombre). Una sociedad donde la libertad con base a la igualdad se puedan dar, tomando en cuenta las capacidades, y la división del trabajo, ya no basada en la propiedad privada, sino en la variedad y diversidad de fuerza, industria y talento.<sup>88</sup>

En este sentido una vez establecida la diferencia entre estado de naturaleza y la vida en sociedad, el problema para el filósofo era establecer el verdadero equilibrio entre el estado de naturaleza y la sociedad. Es decir, ¿cómo lograr que la sociedad promueva al hombre, en su libertad natural, potencie sus virtudes y no lo desvíe de lo que el hombre está llamado a dar lo "mejor de sí?".

---

<sup>88</sup> Jean – Jacques Rousseau, *Del Contrato Social; Discurso sobre las Ciencias y las Artes, Discurso sobre el Origen y los Fundamentos de la Desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid, 1988.

Para dar respuesta a lo anterior Rousseau se encuentra con el problema del ¿cómo?, es decir, en ¿qué condiciones el hombre se puede desarrollar como tal?. Para dar respuesta a estas interrogantes es cuando erige su nueva teoría acerca de la sociedad y el Estado, "la teoría del contrato social". En un primero momento desarrolla antropológicamente la explicación de la naturaleza del ser humano, ahora en un segundo momento, se cuestiona el "cómo", es decir cómo hacer que estos individuos diferentes vivan libre e igualitariamente hablando y que se aseguren sus derechos. Su respuesta es el contrato social.

## **b.2 El contrato social**

Para Rousseau la búsqueda de una situación que permita al hombre subsistir y desarrollarse es uno de los objetivos y fines que pretende en su obra el Contrato Social. El hombre en su estado de naturaleza no sería capaz de subsistir ante ese estado primitivo y perecería sino cambiaba su manera de ser.

La propuesta de Rousseau ante dicho estado de naturaleza es el Contrato Social, quien desde su perspectiva filosófica plantea lo siguiente: "Esta dificultad concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos:

"Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes". Tal es el problema fundamental cuya solución da el *Contrato Social*."

La idea básica del Contrato Social consiste en crear un medio en el cual el individuo pueda potenciar sus capacidades como ser, que le permita subsistir y desarrollarse. Pero para que esto suceda, el hombre debe aportar algo y ese algo es su persona que lo entrega a la comunidad, y cada uno miembro de la comunidad se vuelve igual en condiciones a los demás bajo el Contrato, en el sentido de que dando su persona en común recibe en cambio libertad e igualdad de condiciones que todos los del cuerpo social. Poniéndose todos en igualdad de condiciones será la voluntad general la que dirigirá su persona hacia el bienestar como cuerpo indivisible del todo. Estos individuos

miembros de la comunidad y asociados bajo el contrato tomarán el nombre colectivo de pueblo, particularmente de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado<sup>89</sup>.

El compromiso tácito que se adquiere en el pacto social es que la voluntad general debe ser obedecida y si es rehusada será obligado a obedecer por todo el cuerpo de la comunidad asociada. Lo que significa que a los socios se les obligará a ser libres, por medio del juego del mecanismo político que es la única que legitima las obligaciones civiles, las que sin ellas serían absurdas, tiránicas y quedarían expuestas a los mayores abusos. En esto Rousseau coincide con Montesquieu y con Locke en cuanto a que la libertad se adquiere mediante la obediencia a la ley que es la manifestación de la voluntad general, no obstante hacer de antemano la distinción entre dos tipos de libertades: la libertad natural y la libertad civil. La libertad natural tiene por límite las fuerzas individuales, y la libertad civil tiene por límite aquellos aspectos circunscritos por la voluntad general, es decir, la ley. Rousseau lo resume en la siguiente frase: “la obediencia a la ley es la libertad”.

### **b.2.1 La soberanía y la voluntad general**

La clave para comprender la idea básica de la voluntad general en Rousseau lo constituye el bien común que es en lo que se sustentaría el vínculo social. Lo que de común exista en la comunidad es el punto de partida en el que se entretejería la organización social: “La primera y más importante consecuencia de los principios establecidos, es que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común”. Este bien común -dirá Rousseau- más adelante, tiende a la igualdad, en cambio la voluntad particular tiende a las preferencias; por esta razón “siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad.”<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*. Traducción Jorge Carrier Vélez, Edicomunicación, Barcelona, 1999, p. 38 – 39.

<sup>90</sup> Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*. Op.cit. 41 – 43, 47 – 48.

Dos son los modos con que Rousseau trata la voluntad general, uno en sentido formal y otro en sentido material. En sentido formal, la voluntad general, alude al carácter universal desde el punto de vista subjetivo, es decir, ideas tales como soberanía popular, opinión pública democrática o genuina, o sufragio universal definen a esta primera forma o modo de comprender la voluntad general. Dentro de este modo de ver la voluntad general, popular se confunden dos conceptos, en el discurso de Rousseau, el concepto de ciudadanía y de soberanía, pero que desde su visión política y jurídica constituyen “la seña más clara” de su propuesta. La condición de ciudadano “no sólo es imprescindible para justificar y ejercer ciertos derechos vinculados directamente a la participación política, sino que además supone una garantía definitiva para los llamados “derechos del hombre”.<sup>91</sup>

La categoría de ciudadano para Rousseau está vinculada a la naturaleza humana, la cual supone a través de la educación hacer al hombre virtuoso de manera que “el ser y el parecer vuelvan a unirse”<sup>92</sup>. La categoría de ciudadano está referida y vinculada a la política, es así como Rousseau, en esta primera forma de ver la voluntad general, se refiere a la participación política del ciudadano como soberano popular<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> José Manuel Rodríguez Uribes, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Madrid, 2001, Op.cit. p. 272 – 273.

<sup>92</sup> Jean Jacques Rousseau, *Segundo discurso: sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombre*” en *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, estudio preliminar, traducción y notas de A. Pintor Ramos, Tecnos, Madrid, 1987, p. 176.

<sup>93</sup> “Que los hombres se conviertan en ciudadanos significa aquí que asuman responsabilidades públicas, que tengan deberes positivos para con la comunidad que, al tiempo, la Patria se conciba como una madre para los ciudadanos, a los que protege, cuidando de su subsistencia y educación, que el espíritu de estos esté adornado por las ideas de buen sentido, coraje político, firmeza de alma, patriotismo, magnanimidad, templanza, humanidad y equidad. Citas de J. J. Rousseau, *Carta a D’Alembert sobre los espectáculos*, traducción y notas de Q. Calle Carabias, estudio preliminar de José Rubio Carracedo, Tecnos, Madrid, 1994, p.p. 3 y ss. Citado y comentado por José Manuel Rodríguez Uribes, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 276: Una primera y particular descripción al respecto, que supone sin duda un precedente intelectual de las tesis del Estado Social y de los derechos económicos, sociales y culturales, todavía en Rousseau más en términos de deberes morales para con los más débiles que de auténticos derechos subjetivos de éstos, en J.J. Rousseau, *Discurso sobre la Economía política*, Op. cit. p.p. 34 – 56.





En consecuencia con lo anterior para Rousseau la soberanía es indivisible como inalienable, “porque la voluntad es general, o no lo es; ...” y al respecto comenta Rousseau: “Para que la voluntad sea general, no es siempre necesario que sea unánime; pero si es indispensable que todos los votos sean tenidos en cuenta. Toda exclusión formal destruye su carácter de tal.” En este sentido la voluntad general, para que “verdaderamente lo sea, debe serlo en su objeto y en su esencia; debe partir de todos para ser aplicable a todos, y que pierde su natural rectitud cuando tiende a un objeto individual y determinado...”<sup>94</sup>

La unanimidad para Rousseau no constituye una condición necesaria para que exista voluntad general, pero si existiese debe ser fruto de la libre voluntad de los ciudadanos a partir de ciertas exigencias de racionalidad aunque sean básicamente formales<sup>95</sup>. Rousseau no se plantea la inexistencia de la uniformidad, al menos no desde el pluralismo político e ideológico como se vería en las Democracias actuales. El filósofo ginebrino se lo plantea como una uniformidad positiva, es decir, como garantía del bien común que constituye la plataforma del vínculo social. Esta uniformidad positiva nace de la opinión de cada individuo, de sí mismo, es entrar en uno mismo<sup>96</sup>, “en busca de las verdades elementales, diálogo favorecedor del interés general en el marco de las Asambleas legítimas, publicidad, información veraz” ... “Son exigencias rusonianas de buena fe e ignorancia virtuosa, piedad y altruismo limitado de los ciudadanos.” Se perdería el sentido de la voluntad general de Rousseau si se alcanza la uniformidad por el uso de la fuerza o la “persuasión retórica de algún líder charlatán que esconde sus intereses particulares y egoístas”. Lo que rechaza Rousseau es la unanimidad como homogeneidad impuesta.

El otro aporte de Rousseau es la voluntad general en sentido material. Hemos visto ya el contenido de la voluntad general en sentido formal. Para el profesor Juan Manuel

---

<sup>94</sup> Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*. Traducción Jorge Carrier Vélez, Edicomunicación, Barcelona, 1999, p. 38 y 53

<sup>95</sup> José Manuel Rodríguez Uribes, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 278.

<sup>96</sup> David Medina, *Jean-Jeacques Rousseau: lenguaje, música y soledad*, Ensayos/Destino, Barcelona, 1998, p.p. 39-40.

Rodríguez Uribe, la idea de la voluntad general en sentido material de Rousseau trae consigo conflicto en el ámbito teórico y práctico. No obstante nos sigue diciendo el profesor Rodríguez Uribe, “Supone así un añadido limitador o perfilador, corrector si se prefiere, de la Democracia como suma mayoritaria de voluntades, de la Democracia autoritativa *tout court*.” La manifestación de la Soberanía popular mediante el sufragio universal y la discusión abierta y plural deben estar dirigidas a la satisfacción de los derechos y de la Democracia misma con respeto de los límites que impone el Estado de Derecho por medio del gobierno de las leyes. “Las tres grandes exigencias ético-políticas de la modernidad ilustrada, los derechos, el Estado de Derecho y la Democracia misma, son así vehículos y fines a un tiempo de ese marco jurídico político diseñado por Rousseau en su Contrato social, contenido básico de la voluntad general y su imperio.”

La voluntad general en sentido formal es la manifestación mayoritaria cuantitativamente hablando (voluntad democrática “ilimitada *prima facie*”) pero limitada por el sentido material, es decir, cualitativamente hablando por los derechos y el bien común del vínculo social. En palabras de Rodríguez Uribe: “La mayoría, condición necesaria de la opinión pública que conforma la voluntad general, está limitada en términos cualitativos, sustantivos o materiales si se prefiere (también procedimentales), de tal manera que la Democracia no puede nunca atentar contra los derechos, núcleo principal del bien común configurador de la voluntad general en sentido material.”<sup>97</sup> Y añade más adelante citando a Rousseau al respecto: “La voluntad general ... tiene como único fin “asegurar los bienes, la vida, y la libertad de cada miembro mediante la protección de todos. (...) Así, la primera y más importante máxima del gobierno legítimo y popular, es decir, del que tiene por objeto el bien del pueblo, es la de guiarse en todo por la voluntad general.”<sup>98</sup>

Por tales razones, tanto desde la perspectiva de la voluntad general en sentido formal como en sentido material, es que tampoco se puede concebir el pacto social si no es

---

<sup>97</sup> José Manuel Rodríguez Uribe, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García: *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, Op.cit. p. 279.

<sup>98</sup> Jean Jeacques Rousseau, Discurso sobre la Economía política. Op.cit. p. 14 y 13. Citado por José Manuel Rodríguez Uribe, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 281.

desde la voluntad general, ya que en el pacto todos sus miembros establecen una igualdad tal –dirá Rousseau- que todos se obligan bajo las mismas condiciones y todos gozan de idénticos derechos. Es el cuerpo entero de la sociedad en relación con cada uno de sus miembros, por lo que un acto de soberanía vendría a constituir una relación legítima del cuerpo con cada uno de sus miembros, por lo que sería una relación equitativa, útil y sólida. Es decir, sería una convención legítima, porque tiene por base el contrato social; equitativa, porque es común a todos; útil, porque no puede tener otro objeto que el bien general, y sólida, porque tiene como garantía la fuerza pública y el poder supremo.<sup>99</sup> Estos elementos serán decisivos al momento de comprender las Declaraciones de Derechos y el constitucionalismo moderno.

La Democracia será concebida como concreción de la voluntad general, cuyo producto, serán las leyes. Los principios del derecho natural deberán concretarse en leyes que garanticen el bien general como la libertad y la igualdad del cuerpo político y social, lo que redundará más adelante en el modo de garantizar y proteger los Derechos Humanos.

### **b.2.2 La libertad y la igualdad**

Dos son los objetos principales que persigue todo sistema de legislación según Rousseau: la libertad y la igualdad. El concepto de libertad y de igualdad es considerado por Rousseau como la instancia democrática de la libertad igualitaria, en la que los hombres deben desarrollar sus potencialidades y capacidades con libertad, es una visión individual y de autorrealización personal, es decir, un sistema en el cual el hombre pueda desarrollar libremente su personalidad en condiciones de igualdad. En otras palabras, la igualdad consiste en la protección de la desigualdad de los hombres y no entre los hombres, es la potenciación personal del mérito<sup>100</sup>; se trata de un sistema en que la legislación realice la igualdad entre los hombres y no la igualdad de los hombres.

---

<sup>99</sup> Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*. Op.cit. p. 54.

<sup>100</sup> Estas ideas de Rousseau, como son la libertad y la igualdad, han sido importantes dentro de la teoría del pensamiento y la filosofía contemporánea, entre otras cosas para comprender la construcción teórica –entre otras- de la sociedad comunista de Karl Marx. Marx ve al trabajo como necesidad vital del hombre, cuando haya sido superada la sujeción de los individuos a la división del trabajo y el antagonismo de trabajo intelectual y trabajo manual, lo cual producirá abundancia y riqueza colectiva, sólo así, se superará el estado burgués y la sociedad podrá escribir en sus banderas: de cada uno según sus aptitudes y a cada uno según sus propias necesidades. Karl Marx, *Crítica al Programa de Gotha*, Ateneo, Buenos Aires, 1973.

Rousseau considera que la libertad no se puede dar sin la igualdad, la cual no podría subsistir sin ella. La igualdad a la cual se refiere el filósofo ginebrino, no es una igualdad de los hombres, ya que cada persona es distinta y desigual en su individualidad, por lo que su trabajo y su función dentro de una sociedad será distinta. Se podría hablar de una división social del trabajo basada en fuerza, industria y talento y no en la propiedad privada.

Para que estas diferencias personales que se traducen en méritos puedan desarrollarse libremente, es condición que se den bajo el marco y el sometimiento de la ley: “la igualdad, no debe entenderse por tal el que los grados de poder y de riqueza sean absolutamente los mismos, sino que el primero esté al abrigo de toda violencia y que no se ejerza jamás sino en virtud del rango y de acuerdo con las leyes; ...”. En este sentido es necesaria una igualdad que permita que los individuos posean las condiciones materiales de vida para poder desarrollar sus talentos: “en cuanto a la riqueza –dirá Rousseau- que ningún ciudadano sea suficientemente opulento para poder comprar a otro, ni ninguno bastante pobre para ser obligado a venderse, lo cual supone de parte de los grandes, moderación de bienes y de crédito, y de parte de los pequeños, moderación de avaricia y de codicia.” Y comenta al pié de página de su obra: “Si queréis dar consistencia a un Estado, aproximad todo lo posible los términos; no consintáis ni opulentos ni mendigos. Estos dos estados, naturalmente inseparables, son igualmente funestos para el bien común: del uno brotan los factores de la tiranía, del otro surgen los tiranos. Entre ellos se hace siempre el tráfico de la libertad pública: unos la compran, otros la venden.”<sup>101</sup> Esta igualdad aproximada<sup>102</sup> es garantía de la igualdad jurídica. “Si no se dan ciertas condiciones materiales, la igualdad de derechos se convierte en una fórmula jurídica vacía. Una *cierta* igualdad *material* es condición así de la igualdad *formal*”<sup>103</sup>. Las desigualdades económicas traen como consecuencia que en las relaciones sociales,

---

<sup>101</sup> Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*. Op.cit. p. 54 y 72.

<sup>102</sup> José Manuel Rodríguez Uribes, *Opinión pública*, Concepto y modelos históricos, Monografías jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 187 y ss.

<sup>103</sup> José Manuel Rodríguez Uribes, *Sobre la Democracia de Jean Jacques Rousseau*, Cuadernos Bartolomé de las Casas 14, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 54.

políticas y jurídicas, los individuos no se relacionen de forma igual, sino que el factor material influye para que el que tenga poder, fuerza y dinero, excluya política y socialmente al que no lo tiene. En este sentido no existiría igualdad de derechos, si no existe una base material que posibilite aquella.

La preocupación de Rousseau, no es tanto las desigualdades propias de la individualidad humana, sino al contrario, garantizar la propia personalidad y autodeterminación de los individuos. El problema principal para Rousseau en otro tipo de desigualdad, en la que llama “desigualdad moral o política”, que es aquella que “depende de una especie de convención y está establecida, o cuando menos autorizada, por el consentimiento de los hombres”.<sup>104</sup> Son las desigualdades de “los diferentes privilegios de los que gozan unos (hombres) en detrimento de otros, como el ser más ricos, más poderosos que ellos o, incluso, hacerse obedecer.”<sup>105</sup>

Frente a la realidad que constituye el abuso de poder y de fuerza que da la riqueza, Rousseau se plantea que dicha realidad debe ser regulada y no dejarla en manos de dicho poder y fuerza, frente a esto se pregunta: “¿no se sigue que deje de ser necesario al menos regularlo?”. Esta regulación dependerá de la situación local, como del carácter de los habitantes, asignando, de acuerdo con ellas, a cada pueblo, un sistema particular de institución, que sea el más apropiado al Estado al cual se destina.<sup>106</sup>

Esta particular visión de Rousseau sobre el desarrollo de la personalidad se basa en la libertad igualitaria, la cual se concreta en la dimensión social y económica de su postura. El profesor Rodríguez Uribe comenta al respecto: “dimensión social o económica de su filosofía política democrática se encuentra en, entre otras ideas, la defensa de la igualdad –no sólo como igualdad material, eso sí, siempre aproximada, alejada de tentaciones

---

<sup>104</sup> Jean Jacques Rousseau, *Segundo discurso: sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, en *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Op.cit. p. 118. Citado por José Manuel Rodríguez Uribe, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 262.

<sup>105</sup> José Manuel Rodríguez Uribe, *Rousseau: Estado de Derecho, Democracia y Derechos*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.2. *La filosofía de los derechos humanos*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 262.

<sup>106</sup> Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*. Op. cit. p. 73.

igualitaristas u homogeneizadoras (la igualdad no es deseable sin libertad)-, así como en su definición del bien común como idea última a la que debe aspirar el Estado (o si se prefiere, la opinión pública como voluntad general), y que se comprende sólo desde la íntima comunión entre el individuo y la sociedad, entre las partes y el todo”.

La condición antropológica para superar las desigualdades extremas, se realiza, según el filósofo de ginebra, en que los ciudadanos sean virtuosos y valientes, es decir, “auténticos ciudadanos”<sup>107</sup>. Rousseau pone el énfasis en que siendo los individuos virtuosos o auténticos ciudadanos que se preocupan por el bien común y por el interés general que por el bien propio, es posible lograr una situación de igualdad aproximada, lo contrario sería volver al estado de naturaleza. Por esta razón la importancia del contrato social y la legalidad es que sólo en ellas es posible la Democracia y sólo la Democracia es posible si se persigue el objetivo de la libertad y la igualdad: “Virtud y valor, sencillez y rectitud de juicio, son, por tanto, requisitos subjetivos del ciudadano de una buena Democracia, esto es, de una Democracia republicana, y libertad e igualdad requisitos objetivos, metas a alcanzar. Es el encuentro de la Democracia formal y el republicanismo cívico, con el socialismo”<sup>108</sup>.

Pero su discurso es tan válido en nuestros tiempos, sobre todo cuando se da un desarrollo neoliberal de los Estados, en que las condiciones materiales de vida de la mayor parte del mundo es de pobreza y miseria frente a la acumulación en pocas manos de gran parte de la riqueza de dichos Estados. Se hace hoy necesario realizar la libertad y la igualdad, que han sido tomados como grandes valores en la Constituciones del mundo, aunque de por sí es un tema complejo, pero que los Estados de Derecho actuales deben realizar. Sobre este punto será necesario volver cuando se desarrolle el concepto de Estado Social de Derecho.

---

<sup>107</sup> José Manuel Rodríguez Uribes, *Sobre la Democracia de Jean Jacques Rousseau*. Op. cit. José Manuel Rodríguez Uribes, *Sobre la Democracia de Jean – Jacques Rousseau*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, DYKINSON, 1999, p.p. 7 – 8 y 55.

<sup>108</sup> José Manuel Rodríguez Uribes, *Sobre la Democracia de Jean Jacques Rousseau*. Op. cit. p. 55.

### c. Legalidad, libertad y límites al poder. Montesquieu

La importancia que tiene el Estudio de Montesquieu en la filosofía y el derecho actual es mucha, pero la que aquí interesa –como se ha dicho- es su aporte sobre la legalidad, la división de poderes y el papel que asigna al poder judicial dentro de esa peculiar división de poderes. Para comprender el aporte de Montesquieu hay que ubicarlo desde su praxis empírica como un buen observador de la realidad política y social. Por ejemplo, en la obra “*Del Espíritu de las leyes*” no pretende crear un derecho ideal sino tan sólo estudiar el derecho que es, como componente del ambiente histórico en el que el hombre vive<sup>109</sup>. Como se podrá constatar lo que interesa de Montesquieu es su visión sobre el gobierno de las leyes y de la organización del Estado.

Montesquieu no tiene preocupación por la crítica al Ancien Régime, no busca su desaparición, ya que su interés es conocer y descubrir las causas sociales de las leyes. No tanto el aspecto jurídico de las mismas como su aspecto sociológico, por eso dirige su atención a la fuente social de aquéllas, es decir a la fuente material de dichas normas.

Tres son las características que muestran el pensamiento de Montesquieu a través de su obra *Del Espíritu de las leyes* según la profesora Cristina García Pascual: *el relativismo sociologista, liberalismo y espíritu ilustrado*. El relativismo sociologista en Montesquieu es lo que le da originalidad en su tiempo, pues se da un “distanciamiento a los esquemas iusnaturalistas abstractos propios de la Ilustración”. Esta característica es la que lo hace analizar y estudiar la realidad tal cual es, buscando las razones sociales y políticas a la ley y a la organización política del Estado. No pretende –como se ha dicho- en un primer momento, crear algo nuevo, sino decir empíricamente lo que ya es. Esto le permite hablar sobre la ley y el modelo de juez dentro del esquema de la división de poderes.

La otra característica es su apuesta por el liberalismo. Su defensa va encaminada a los supuestos básicos de la libertad, como son la “libertad individual que no existe con suficientes garantías y condiciones fijas si un poder absorbe las funciones de otro”<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho; la edad moderna*. Op.cit. p. 198.

<sup>110</sup> Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons El Magnànim. Institució Valenciana d’Estudis i Investigació, 1997, p.p. 35 – 37 y 45.

Aquí se encuentra su desarrollo de división de poderes como poderes intermedios, ya que apuesta por el sistema de gobierno monárquico y bajo ese sistema habla de los poderes intermedios. En este sentido, para garantizar la libertad es necesaria la división de poderes, ya que considerar la “libertad un resultado es la gran innovación de Montesquieu. Antes de él era un principio, a partir de él será durante mucho tiempo una consecuencia, la consecuencia de organizar bien el Estado”<sup>111</sup>.

La tercera característica que nos señala Cristina García Pascual es que *Del Espíritu de las leyes*, se traduce el pensamiento ilustrado, como es la razón, en la que ve la liberación política tomando en cuenta la ciencia que caracteriza al pensamiento ilustrado<sup>112</sup>. De su método que luego será tomado en cuenta en lo que hoy se denomina sociología jurídica, supo observar y extraer conclusiones de lo que analizó y estudió.

Así de esta manera se ha indicado que “De todas formas el gigantesco esfuerzo de Montesquieu para comprender el papel central de la ley en el iluminismo político y jurídico deja una rica herencia, al menos en tres temas: la vinculación de la libertad con la ley, la creencia en la posibilidad de una ciencia de la legislación, es decir, en la posibilidad de que el legislador pueda legislar de acuerdo con la ciencia, y la dependencia de la legislación privada y penal de la Constitución. Ideas que desarrollará el pensamiento contemporáneo y posterior y que tendrán una enorme influencia en la cultura política y jurídica liberal y democrática.”<sup>113</sup>

En las tesis del Barón de La Brède encontramos parte de las bases de lo que se denominará Estado de Derecho, importan aquí sus conclusiones con respecto a la ley, los límites al poder y la división de poderes. De las características antes señaladas se puede concluir la importancia del estudio de la obra de Montesquieu, porque marca el lugar

---

<sup>111</sup> La libertad había consistido en ser un ideal por el cual había que luchar, para el profesor Enrique Tierno Galván, éste dejará de ser el principio de la convivencia humana, lo cual no dejaba de ser un ideal para convertirse en un hecho a través de la buena organización del Estado. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Introducción de Enrique Tierno Galván, Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. XLI.

<sup>112</sup> Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op.cit. p.p. 38 - 39

<sup>113</sup> Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En (et.al) *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Op.cit. p. 93



donde ubicar la independencia del poder judicial (sometimiento a la ley) como reivindicación política y el conocimiento de lo que es ese poder. Dicha concepción del poder judicial quedará marcada en la historia hasta nuestros días.

### **c.1 De las leyes en general**

La ley en general para Montesquieu, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana. Montesquieu deja claro desde un principio su posición racional frente a la ley en general, además de su posición histórica y espacial: "Deben adaptarse a los caracteres físicos del país, al clima helado, caluroso o templado, a la calidad del terreno, a su situación, a su tamaño, al género de vida de los pueblos según sean labradores, cazadores o pastores. Deben adaptarse al grado de libertad que permita la constitución, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a su número, a su comercio, a sus costumbres y a sus maneras."

Lo que se propone Montesquieu en la obra *Del Espíritu de las leyes*, según sus palabras, es examinar las relaciones existentes entre los orígenes, el objeto del legislador y el orden de las cosas sobre las que se legisla, las cuales juntas forman lo que se llama el espíritu de las leyes. Su esfuerzo está centrado, según él, en el espíritu de la ley, aunque hable de algunos tipos de leyes como puede ser la ley de la naturaleza, la ley civil, o la ley política: "No he separado las leyes políticas – dice Montesquieu – de las civiles porque como no trato de las leyes sino de su espíritu, y como este espíritu consiste en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con las distintas cosas, he tenido que seguir el orden de las relaciones y de las cosas, y no el orden natural de las leyes."<sup>114</sup> En esta perspectiva la ley se vincula con temas como el de la libertad y dentro de la libertad, la libertad política, la constitución, los límites al poder, y la división de poderes.

La ley por tanto la concibe Montesquieu en su relación con los diversos seres y desde una amplia significación como "las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de

---

<sup>114</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op.cit. p.p. 10 y 11.

las cosas". En este sentido, todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad<sup>115</sup>, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre mismo."<sup>116</sup> Ya antes habíamos señalado que uno de los aportes de Montesquieu residía en que además de utilizar las concepciones tradicionales de ley como han sido las *leyes mandato*, él ahora habla como una nueva conceptualización de *leyes relación*<sup>117</sup>. Con esta idea se puede soslayar, que no obstante el esfuerzo racional de la obra de Montesquieu, su fuerza reside en el análisis histórico de los hechos a través de la idea de la naturaleza de las cosas. A partir de esta naturaleza y unido a un esfuerzo racional, es que se enmarca la obra de Montesquieu y su posterior positivación en la Declaración de Derechos. Hechos y razón son las que acompañan a la obra de este pensador moderno. De esto se parte para afirmar que su pensamiento debe verse desde la corriente que venimos analizando, el iusnaturalismo racionalista. "Hay una razón primigenia –dirá Montesquieu– y las leyes son las relaciones que existen entre esa razón originaria y los distintos seres, así como las relaciones de los diversos seres entre sí. Pero antes que todas las leyes están las leyes de la naturaleza, así llamadas porque derivan únicamente de la constitución de nuestro ser." En el discurso de Montesquieu se encuentra el fenómeno del derecho que se conoce a través de la razón, pero sin negar la fuente última del orden que poseen las leyes naturales: Dios. Esta es la concepción en la que se enmarca el iusnaturalismo racionalista, el conocimiento del derecho natural por medio de la razón, sin negar la fuente originaria que es Dios. El método utilizado por Montesquieu que constituye uno de sus mayores aportes al momento histórico en que desarrolló su pensamiento viene dado de su análisis histórico y lo hace desde la perspectiva del derecho natural racionalista.

---

<sup>115</sup> "La ley es reina de todos, mortales e inmortales, dice Plutarco en el tratado: *Donde se requiere que un príncipe sea sabio*." Pié de página 4 Del Espíritu de las Leyes. Ibid. p. 7.

<sup>116</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op.cit. p. 7.

<sup>117</sup> La *Ley Mandato*, se ha dicho "presuponía un legislador, unos destinatarios, un contenido y una sanción para garantizar su cumplimiento: son leyes que promulga el legislador. Pero la novedad radical que supuso la obra de Montesquieu, a decir con Althusser, fue la introducción de un nuevo concepto de ley, la *ley relación*, con el que inicia *El Espíritu de las leyes* y que supone afirmar que, más allá de las leyes promulgadas por los hombres o propias leyes positivas, están las naturales e incluso las divinas. Y es aquel orden interno o legalidad lo que Montesquieu se propuso investigar y descubrir." Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3 (enero-abril-1998) p. 67.

En esa línea de análisis cuatro son las leyes básicas o fundamentales que Montesquieu considera que son propias de la naturaleza del hombre: la debilidad del hombre junto a su conservación, la necesidad de alimentos, el deseo y atracción por el otro sexo, y el deseo de vivir en sociedad. Estas constituyen las cuatro leyes naturales de Montesquieu, lo cual confirma su visión práctica (razón y hechos, intelecto y política) de los cuales parte el filósofo francés para hacer su propuesta filosófica y jurídica.

## **c.2 Libertad política y límites al poder**

*Qué es la libertad*, es el título con que Montesquieu inicia el Capítulo III del Libro XI *Del Espíritu de las Leyes*. En ese capítulo dice: “Es cierto que en las Democracias parece que el pueblo hace lo que quiere; pero la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”. Dicho en términos actuales y ya conocidos, la Democracia no es la dictadura de la mayoría, es decir, no consiste en hacer lo que la mayoría del pueblo quiere de modo arbitrario. Esta idea queda sustentada por el pensamiento de Montesquieu en el sentido de que la Democracia no consiste en que el pueblo haga lo que quiera, sino, que unido a esto, viene el aspecto de la libertad política la cual ejerce la función de límite al ejercicio del poder que surge de la decisión de ese pueblo. La libertad de “poder hacer” está sometida a un “deber querer”; dicho en otros términos, el límite al poder se viene a concretar en la regulación de lo permitido o prohibido por la ley.

La independencia o autonomía de la persona está limitada por la libertad, en una libertad regulada por la ley: “La libertad es el derecho –dice Montesquieu- de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad.”<sup>118</sup> El estado de naturaleza que es superado por el contrato del cual surgen las leyes como los espacios de libertad, al ser incumplidas se vuelve a ese estado de naturaleza que se ha querido superar. De lo anterior se deriva lo que hoy se conoce como el principio de legalidad o

---

<sup>118</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op.cit. p.p. 7 – 9 y 106

imperio de la ley, que constituye uno de los fundamentos básicos del Estado de Derecho moderno y sobre el cual giran las diferentes concepciones que sobre él se tienen.

En este sentido la relación que existe entre la ley y poder tendrá su efecto cuando a través de la ley se regule el ejercicio del poder frente a la libertad. Es así como la “Libertad sólo existe en los Estados moderados cuando no se abusa del poder y para eso hay que limitar al poder. En este tema se orienta a tratar a la separación de poderes como remedio para el abuso, aunque afirma que el poder sólo puede mandar a los ciudadanos por medio de la ley, pero no se deduce que el mismo gobernante supremo esté sometido a la ley.” Lo anterior no significa que Montesquieu esté a favor del gobierno despótico que violenta la ley, todo lo contrario, contrapone a los monarcas que viven bajo leyes fundamentales con los príncipes despóticos, describiendo el desastre que produce el despotismo: “... Cuando los salvajes de Luisiana quieren fruta, cortan el árbol desde la cepa, y cogen la fruta. Eso es el gobierno despótico...”

Siguiendo con la lógica de estas ideas, Peces-Barba y Dorado Porras nos dicen que “La famosa definición de la libertad como “derecho de hacer todo lo que las leyes permiten y si un ciudadano pudiera hacer lo que prohíben no habría ya libertad, porque los demás tendrían igualmente ese poder”, exige un escenario político no despótico y donde no prevalezca el abuso de poder. Por eso sitúa la posibilidad de la libertad política en los Estados moderados”...“es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar. Llega hasta que encuentra límites...”<sup>119</sup>

La ley sería el ámbito en el cual la libertad es posible al respecto Gregorio Peces – Barba comenta: “Se construye así una teoría de los límites en el ejercicio del poder como garantía de la libertad política a través de la legalidad y de la separación de poderes. La libertad política, vista desde la Constitución, no será sólo principio de organización, sino derecho humano a la participación.”<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Op.cit. p.101 y 109.

<sup>120</sup> Gregorio Peces – Barba Martínez, *Los Derechos del Hombre en 1789*. Op.cit. p. 88

Esta claro que la intención de Montesquieu es que a través de la ley nadie pueda abusar del poder, “es necesario –dirá Montesquieu- que el poder detenga al poder”... “Llegamos a la separación de poderes y para Montesquieu está claro que la razón es evitar el abuso del poder, es decir limitarlo y controlarlo.”<sup>121</sup>

### **c.3 La separación de poderes y el poder judicial**

Dice Montesquieu con respecto a la separación de poderes: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.” Y añade Montesquieu:

“Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado”<sup>122</sup>.

Para comprender la división de poderes de Montesquieu se hace aclarando que su visión parte de la idea de un sistema de monarquía moderada o equilibrada, la que se caracteriza por la existencia de poderes intermedios, subordinados y dependientes, que constituyen la “naturaleza” del gobierno monárquico. Es decir, de aquel en que sólo uno gobierna gracias a las leyes fundamentales, lo que viene a constituir la diferencia básica entre monarquía y despotismo<sup>123</sup>. Estos poderes intermedios, descritos anteriormente por Montesquieu, son definidos como frenos al poder real, permitiendo de esa manera la libertad política –que en palabras de Peces Barba sería libertad de participación- que se garantiza a través de la legalidad y la división de poderes. Montesquieu lo trata de explicar

---

<sup>121</sup> Gregorio Peces – Barba y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Op.cit. p.110.

<sup>122</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op. cit. p. 107

<sup>123</sup> Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Op.cit. p. 219.

de la siguiente manera: “El poder es único, y aunque no haya pompa exterior que lo delate, se siente a cada instante la presencia de un príncipe despótico”.

“Por eso, siempre que los príncipes han querido hacerse déspotas, han empezado por reunir todas las magistraturas en su persona; y varios reyes de Europa, todos los cargos del Estado”<sup>124</sup>. Por tal razón es que estos poderes intermedios serían los límites al ejercicio del poder pero basados dichos límites en la ley.

Es necesario matizar estos límites al poder, ya que para Montesquieu en la práctica lo que se da es una interrelación de poderes, negando toda visión separatista de poderes. Más bien él parte de la idea de poderes relacionados y coordinados<sup>125</sup>. La relación de estos poderes es de equilibrio orgánico, una coordinación, por lo que la idea de frenos y contrapesos desde la perspectiva moderna no debe ser tomada a la ligera cuando se hace referencia a la división de poderes de Montesquieu.

El poder judicial en este sentido juega un papel importante, ya que no obstante Locke hablaba de la autoridad de los jueces en la administración de justicia no lo hace con la claridad y especificidad con que lo hace Montesquieu dentro de un sistema de poderes. Matteucci opina con respecto a este aporte que “La exigencia de autonomía para la *justice* es fortísima en Montesquieu, es decir, la exigencia de que los jueces sean realmente independientes de quien gobierna o de quien hace las leyes, y que los parlamentos –que garantizaban la continuidad y la seguridad de las leyes- sean autónomos del Consejo del rey. Es fuerte hasta el punto de defender las jurisdicciones eclesiásticas y señoriales supervivientes, por su antigüedad; o la venalidad de los cargos, que hace permanentes los órdenes del Estado; o el excesivo formalismo de la justicia, pues favorece la libertad y seguridad de los ciudadanos. Este gran tema de la *justice* retorna en los libros históricos del *Espirit des lois*, donde examina la transformación, por “la misma fuerza de las cosas”, de la jurisdicción feudal o señorial en jurisdicción regia o parlamentaria”<sup>126</sup>. Con respecto de la independencia de los tribunales y su sometimiento único a la ley Montesquieu opina

---

<sup>124</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op. cit. p. 108

<sup>125</sup> Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op.cit. p.p. 43 – 53.

<sup>126</sup> Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Op.cit. p. 220.

que “ los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraidos por ella”. El grado de sometimiento a la ley por parte de los jueces es indiscutible para Montesquieu al grado de afirmar que “Los jueces de la nación no son más que la boca muda (otras traducciones: son los instrumentos que pronuncia las palabras de la ley) seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>127</sup>. El sometimiento de los jueces exclusivamente a la ley, y su aplicación estricta tiene su explicación histórica y en la actualidad es fruto de diferentes posturas. Las razones de esto se explican más adelante.

En definitiva, en el tema sobre el poder judicial, la evidencia más clara que se ha encontrado hasta ahora en la teoría clásica sobre el papel del juez y del poder judicial en relación con la ley, la encontramos en Montesquieu. El planteamiento sobre el sometimiento del juez a la ley y no a otros poderes<sup>128</sup>, constituye la primera manifestación de lo que se conoce como principio de legalidad y la garantía de independencia; tanto para los hechos por los que se podría juzgar a una persona como para el nombramiento del juez. En estos casos se requiere –según Montesquieu- de una ley, la cual debe estar prescrita previamente.

Un ejemplo de lo anterior puede citarse: en el caso de los nombramientos de jueces se deberán realizar “en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley”. Otro aspecto interesante es extracción social de los jueces en el sentido de que los jueces deben provenir del pueblo para que a los que han de ser enjuiciados sean juzgados por iguales: “Es necesario además que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que éste no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño”, y se agrega un elemento más, el cual es la posibilidad de recusación de los jueces en acusaciones graves: “Es preciso incluso que, en las acusaciones graves, el reo, conjuntamente con la ley, pueda elegir sus jueces, o al menos que pueda recusar

---

<sup>127</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op. cit. p. p. 108, 109 y 112.

<sup>128</sup> Anteriormente se citaba lo siguiente: “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op. cit. p. 107

tantos que, los que queden, puedan considerarse como de su elección”<sup>129</sup>, lo cual implica, entre otros aspectos, la idea del juez previo. La idea es que el justiciable tenga la oportunidad de conocer previamente quien lo va a juzgar para tener la posibilidad de recusar, siempre y cuando esté amparado por la ley. En la actualidad esto se conocería como principio de juez natural. Estos elementos vendrían a constituir las bases de una teoría de garantías jurisdiccionales fundadas en principios, los que posteriormente formarán parte de lo que se conocerá como Estado de Derecho.

Ahora bien, la idea del sometimiento del juez a la ley y la independencia del juez frente a otros poderes no es caprichosa ni nace de forma espontánea de la razón de Montesquieu, sino que representa un fundamento moral y político. Recuérdese que el método de Montesquieu fue la observación de los hechos y la realidad, lo que pretendió aportar es la necesidad de que las normas fueran desde un aspecto externo como interno técnica y formalmente buenas. Con leyes buenas y jueces sometidos a esas leyes la administración de justicia sería buena. La clave era que si las leyes eran perfectas, científicamente hablando, no habría problema para que el juez se sometiera única y exclusivamente a las leyes. Repito, no a cualquier ley, puesto que el caos a la diversidad de fuentes llevó a que los magistrados aplicaran las normas a su antojo. Esto produjo muchas injusticias y desorden en manos de los jueces, lo cual trajo como consecuencia incertidumbre e inseguridad jurídica<sup>130</sup>.

Los jueces no son más que “la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>131</sup>, tiene su explicación histórica y que aún hoy en día es tema de debate. El significado de que los jueces sean el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, se comprende desde la historia y la praxis judicial del Ancien Régime. Tiene su explicación en la desconfianza en los jueces y la magistratura por su despotismo. En este contexto cobra mayor sentido el

---

<sup>129</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op. cit. p. 108 y 109.

<sup>130</sup> Ludovico A. Muratori, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, Op.cit. p. 18 y ss. “El *interpretum abutendum vitio* al que había conducido la <<desbordada libido>> interpretativa de los jueces sólo podía resolverse mediante la oportuna codificación que resolviera las contradicciones de la jurisprudencia y la doctrina a la vez que llenaba las lagunas normativas detectadas. Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*. Op.cit. p. 90.

<sup>131</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Op. cit. p. 112.



sometimiento de los jueces a la ley de Montesquieu que provenía de la voluntad general de Rousseau.

Uno de los aspectos que señala Ludovico Muratori sobre la necesidad de leyes ordenadas y codificadas, refiriéndose a la labor de los jueces, son la personalidad y la mentalidad de los jueces<sup>132</sup>. No obstante Muratori poseía cierta confianza en los jueces, pero que éstos debían de tener calidad en el conocimiento del Derecho positivo. Esto constituiría un “objetivo –dirá Muratori- para quien tenga buena memoria y algo de inteligencia”<sup>133</sup>. Dirá más adelante en su obra *Dei Difetti della Giurisprudenza*, “los efectos intrínsecos sólo se pueden resolver mediante <<el juicio científico>>, que es una capacidad más sutil, que requiere conocimiento del Derecho y una <<penetración de mente>> que sólo tienen los auténticos *iuris prudentes*”<sup>134</sup>.

No obstante el énfasis que Muratori pondría no sólo en la calidad de las leyes y su codificación para resolver los problemas intrínsecos a la ley, la desconfianza en el poder de la judicatura hizo que en el contexto ilustrado se les ataran las manos a los jueces, ellos deben “decir el derecho y no hacer el derecho”<sup>135</sup>. El gran temor de los ilustrados era que los jueces se convirtieran en legisladores, tal como ocurriera en el detestado Ancien Régime. Montesquieu señalaba este peligro y por eso decía: “No existe tampoco libertad allí donde el poder de juzgar no esté separado del poder legislativo. Si aquél estuviera unido al poder de dar las leyes, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario porque el juez se convertiría en legislador”<sup>136</sup>. De aquí es que se argumenta que una vez lograda la independencia del juez, éste se debe someter a la ley.

El sometimiento de los poderes a ley, y en especial, del poder judicial, hace que la preocupación en ese momento fuera la labor legislativa, haciendo énfasis en la buena

---

<sup>132</sup> Ludovico A. Muratori, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, Op.cit. p. 18 y ss.

<sup>133</sup> Ludovico A. Muratori, *Codex Carolinus*, p. p. 27 – 28., tomado de Enrico Pattaro, *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, LXV, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 86. Comentado por Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*. Op.cit. p. 90.

<sup>134</sup> Ludovico A. Muratori, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, Op.cit. p.p. 227 y ss.

<sup>135</sup> Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*. Op.cit. p. 91.

<sup>136</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* Libro XI, 6º. O.p.cit.

calidad y técnica de las leyes. Toda esta preocupación –nos indica Virgilio Zapatero– tenía un trasfondo político de primera magnitud: “aquellos ilustrados temían que el origen parlamentario de las leyes no fuera suficiente para garantizar la libertad de los ciudadanos. Temían que, por entre las rendijas que podían dejar unas leyes oscuras y mal redactadas, los jueces pudieran apropiarse de funciones legislativa que no les correspondían”<sup>137</sup>.

Es de esta manera como Montesquieu se preocupó por temas como el contexto social sobre al que las leyes debían responder, el espíritu de las mismas, cómo se debía de legislar. Él pretendió orientar al legislador, en la ciencia y el arte de legislar. Precisamente, por el contexto en que los ilustrados analizaron y escribieron, es que toma sentido la idea de la división de poderes, para evitar el despotismo oscurantista dentro del cual se encontraba el poder judicial. El cual según Montesquieu se evita con la división de poderes y el sometimiento de dichos poderes a la ley, en especial, el poder judicial.

#### **d. Libertad, Estado y Derecho. Kant**

Hasta ahora se ha descrito la evolución de algunos temas fundamentales que van configurando la noción de Estado de Derecho. Para ello se recurrió al aporte de filósofos como Montesquieu, Locke y Rousseau, cuyo aporte ideológico es básico para la realización del Estado de Derecho. Con Kant estaríamos cubriendo, desde los clásicos, las tres facetas que se consideran importantes, desde este estudio, para conocer el origen y construcción ideológica del Estado de Derecho. Alemania, Francia e Inglaterra son en su caso tres realidades distintas pero que se conjugan en lo que hemos denominado Estado de Derecho.

---

<sup>137</sup> Virgilio Zapatero, *El Club de los Nomófilos*. Op.cit. p. 91.

## d.1 Kant y su contexto

Para comprender el aporte que realiza Kant al Estado de Derecho, es necesario ubicar su postura en la historia y realidad de Alemania. En la época en que Kant desarrolla su pensamiento, Europa y los territorios alemanes se componían de una serie de principados y reinos fruto de un sentimiento particularista contrario al sentimiento desarrollado en el Sacro Imperio Romano.

Brandeburgo - Prusia en donde se desenvuelve Kant era extremadamente pobre, no contaba prácticamente con ninguna fuente de recursos naturales y, en comparación con otros Estados, tenía un escaso número de habitantes: hacia el año 1700 vivían, en territorio prusiano 3,1 millones de súbditos; por el contrario en Polonia el número de habitantes estaba en torno a los 6 millones; en los Estados de los Habsburgo, en torno a los 8,8 millones; en Rusia alrededor de 17 millones. El territorio que ocupaba estaba dividido y se encontraba en el centro de Europa, por lo que su situación geográfica exigía una política para que ningún vecino se sintiera amenazado, ya que, no obstante pobre y con poca población era la tercera o cuarta potencia militar de Europa. Eran épocas de constantes cambios debido a la búsqueda incesante de la construcción de Estados nacionales, esto era acompañado a la vez por temas que tenían que ver con las monarquías y sus sucesiones, territorios y guerras, donde el derecho de gentes y la diplomacia no ganaban espacio frente a las guerras. Como fruto de las guerras y de la pugna entre Francia e Inglaterra y, unido al genio militar de Federico el Grande (rey de Prusia), a mediados del 1750, Prusia se convierte en una potencia no sólo por lo militar que era su fuerte y preeminencia, sino por el desarrollo administrativo y la burocracia.<sup>138</sup>

Los problemas que se sucedían debido a la gran cantidad de pequeños principados y Estados, trajeron como consecuencia un gran interés por la unidad y la formación de un Estado único. En ese momento la producción intelectual empezó a tener un gran auge como fruto del interés que despertaba el pensamiento hacia el hombre, su existencia y su contexto. A raíz de esto, en la segunda mitad del siglo XVIII, surgió en toda Alemania -nos describe el profesor Hagen Schulze- "una clase social ilustrada de procedencia aristocrática y burguesa formada por funcionarios, párrocos, profesores, juristas, maestros,

---

<sup>138</sup> Mary Fulbrook, *Historia de Alemania*, traducción de Beatriz García Ríos, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1995, p.p. 99 – 117.

médicos, libreros y otras profesiones liberales de nivel, todas ellas con un rasgo común: que no ejercían sus cargos por una posición social heredada, sino por los conocimientos adquiridos"... "Con el desarrollo de esta nueva clase ilustrada, los dialectos y las variedades dialectales alemanas se fusionaron en la lengua de la cultura alemana erudita." Es aquí en este ambiente que crece y se forma Immanuel Kant. Pobre de nacimiento, que lo seguirá siendo por su vocación académica y científica, situación que asumió en tanto que dicha opción no tenía más que ofrecer materialmente hablando.

El profesor Schulze señala que "... la nación alemana tomó forma en la mente de los eruditos y, por ello, fue una genuina nación cultural, sin ninguna clase de referencias políticas directas. Como consecuencia de ello, la nación no estaba representada por la figura de príncipes y héroes de guerra, como en el caso de Francia o Inglaterra, sino por una multiplicidad de poetas y pensadores, a excepción –claro está- de Federico el Grande, el <<filósofo de Sanssouci>>". Esta es la época de la ilustración basada en la razón y la preeminencia de lo terrenal sobre el cielo. A pesar de que ese era el ambiente alemán, como en el caso de Rousseau hubo quienes desde ese mismo ambiente criticaron duramente la forma de la ilustración. Fue precisamente Kant quien reaccionó contra ese entusiasmo iluminista, las cuales describe el profesor Schulze: "En el mundo intelectual alemán sólo se dio una reacción: <<Esta revolución –decía Immanuel Kant- despierta en el ánimo de todos los espectadores un deseo tal de participar en ella que raya en el entusiasmo...>>". El desencanto llegó precisamente con las revoluciones, que se caracterizaron por ser sangrientas y crueles, utilizando las virtudes de la ilustración para justificar semejantes masacres.<sup>139</sup>

Los procesos de la ilustración y el desarrollo histórico en esos momentos tuvo en Europa diferentes enfoques como puede observarse en el presente estudio. En Francia por ejemplo el proceso frente a la religión fue diferente que en Alemania. En el resto de Europa con excepción de Alemania, la visión era básicamente anticlerical y republicana. En Alemania la situación era distinta, ya que la ilustración estaba más cerca de la religión y a formas de gobierno autoritario.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Hagen Schulze, *Breve historia de Alemania*, traducida por Ela María Fernández – Palacios, Alianza, Madrid, 2001, p.p. 69 – 80.

<sup>140</sup> Mary Fulbrook, *Historia de Alemania*. Op.cit. p. 124.

No es extraño pensar que frente a ese contexto intelectual y todos los acontecimientos sucedidos, Kant haya buscado una explicación y una respuesta desde su propia filosofía a esa realidad. De esta manera Kant se convierte –según algunos autores– en el mayor pensador alemán de la ilustración. La exposición de Kant girará desde una postura crítica entre el empirismo y la teoría. Esta postura es descrita por el profesor Ernst Cassirer al referirse a uno de los aspectos relevantes de una de las obras de Kant: “... también la *Historia general de la naturaleza y teoría del cielo* afirma, como sugiere ya el mismo título, refleja una relación completa de interdependencia entre el empirismo y la teoría, entre la “experiencia” y la “especulación”.<sup>141</sup> Esta manera de abordar el estudio científico se va a conocer en su teoría sobre el Estado y el Derecho, utilizando para esto el método trascendental.

#### **d.2 Iusnaturalismo, empirismo y el método trascendental**

Lo que nos interesa destacar de la obra de Kant reside en su idea sobre el Estado y el derecho. Toda su reflexión ética pasa necesariamente por las categorías básicas de la filosofía moral, por el campo del derecho y de la “ética externa” y, culmina con la idea del Estado en donde reside en ella su sentido último. Kant construye su teoría a partir de la crítica y cuestionamiento profundo de los precedentes ideológicos que constituyen la edad moderna y de donde se eleva su nuevo planteamiento del problema del Estado. Dos son las grandes corrientes de la filosofía política moderna con las que se enfrenta polémicamente Kant: el iusnaturalismo y el empirismo.

Frente a este modo de abordar los dos problemas que plantean ambas corrientes de pensamiento, Kant invierte el modo de análisis. No es el tratamiento como fenómeno histórico o utópico del Estado lo que le preocupa, sino, que su conocimiento viene dado como un fenómeno teórico: la deducción trascendental del concepto del Estado. La preocupación de Kant viene a ser el resultado de la abstracción del Estado como un concepto en sí. El profesor Felipe González Vicén dirá que la concepción Kantiana del Estado está “sometido a un proceso de abstracción, despojado de todo lo que en él hay

---

<sup>141</sup> Ernst Cassirer, *Kant, Vida y Doctrina*, traducido por Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 64.

de individual e incomparable, y sólo así asciende a tema de la especulación". Se plantea el problema del Estado, no partiendo del acontecer real, sino desde la dinámica interna del pensamiento. El método que utiliza Kant es el método trascendental y lo que logra con éste método es crear un concepto puro del Estado, pasándolo de algo casual en una necesidad de la razón. "Su pregunta –dirá Felipe González Vicén- no es la de la justificación ni la de la explicación del Estado, dos problemas cuya base es siempre la idea del Estado como una realidad concreta en el tiempo, sino, la del entendimiento abstracto del hecho absoluto del Estado.

Pero entonces ¿cómo enfocan el iusnaturalismo y el empirismo el tema del Estado para que Kant invierta su enfoque?. Lo que la teoría del Estado iusnaturalista persigue no es hallar respuesta a una cuestión abstracta, sino formular una norma con qué juzgar la realidad política, hallar por el discurso racional un punto firme desde el cual proceder a la conformación de la vida histórica. En el pensamiento empírico también se alienta la misma tendencia a la práctica que caracteriza al iusnaturalismo. En la indagación del proceso causal – nos dice el profesor González Vicén- por el que los hombres han llegado a constituirse en sociedad y a establecer sobre ellos una autoridad, los teóricos empíricos del Estado van poniendo al descubierto, en efecto, una serie de impulsos, afectos, temores e intereses por parte del individuo, los cuales constituyen el suelo psicológico sobre el que se alza el Estado como una necesidad. Ambos enfoques coinciden en su sentido fundamental, que es "la formulación de un esquema intemporal de Estado. El iusnaturalismo lo hace desde un esquema abstracto, por el mero discurso intelectual, mientras que para el empirismo parte de un proceso de conceptualización inductiva. Estas dos corrientes del pensamiento político moderno le otorgan el mismo valor paradigmático, "revistiendo a su idea del Estado de una pretensión de vigencia incondicionada frente al curso del acontecer y frente a las formas de convivencia política dadas históricamente.

Frente a esta postura es que Kant invierte el enfoque utilizando el método trascendental cuya filosofía parte de "un sistema derivado de la razón", un proceso especulativo con las determinaciones abstractas de un hecho histórico, proceso dirigido a fundamentar la racionalidad absoluta de este hecho. Esta fundamentación absoluta de la visión Kantiana la lleva a cabo a partir de la noción central en que descansa el edificio de su ética: la noción de autonomía. La autonomía para Kant es la posibilidad de realización por el hombre en su condición concreta de ser social. La autonomía es el fundamento de la

dignidad del hombre y de toda naturaleza racional.<sup>142</sup> No de una autonomía en abstracto como pretensión absoluta dirigida al ser moral del hombre. Para lograr la posibilidad de la moralidad en la convivencia, Kant relaciona los conceptos de Derecho, Estado y libertad.

### d.3 Sobre la libertad y el Derecho

La libertad está concebida por Kant<sup>143</sup> como “autodeterminación racional, el hombre deja de ser cosa entre cosas, escapa al dominio de los sentidos y de las circunstancias, y adquiere rango de personalidad. Libertad y moralidad se sitúan así en una estrecha relación, que Kant describe diciendo que la libertad es la *ratio essendi* de la ley moral, y ésta, a su vez, la *ratio cognoscendi* de la libertad.” Para Kant la libertad está rodeada de la exigencia de realización de su fin último, el imperativo en que expresa su condición humana es en otras palabras la condición imperativa de realizarse el ser humano en el mundo sensible. Para la realización de la libertad, Kant encuentra que el Derecho es la posibilidad de realización de las libertades de todos, ya que el “principio del Derecho consiste en <<limitar la libertad de cada uno a las condiciones bajo las cuales puede ser compatible con la libertad de todos los demás, según una ley general>>.”<sup>144</sup> Desde la autonomía individual de realización de su condición humana, todos los individuos tienen la misma posibilidad de hacerlo, pero el problema es que esa realización podría colisionar con la de los demás. Es por eso que el Derecho constituiría un límite a la libertad de

---

<sup>142</sup> Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del Derecho*, Introducción del alemán e introducción de Felipe González Vicen, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 68, 69, 70, 71, 72, 73, 93.

<sup>143</sup> Para Kant la libertad era “la clave de bóveda del entero edificio de un sistema de la razón pura. La libertad, en efecto, actúa en cierto modo como *bisagra* o puente entre la razón especulativa y la razón práctica. Además de que el concepto de Kant sobre la libertad permite entreabrir una ventana filosófica a lo suprasensible, la libertad es, por supuesto, la condición de posibilidad de la vida moral. Sobre éste tema véase más ampliamente en Francisco José Contreras Peláez, *La libertad en el pensamiento de Kant*. En Gregorio Peces – Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, SIGLO XVIII, V.II, *La filosofía de los derechos humanos*. Op. cit. p.p. 483 – 488.

<sup>144</sup> Felipe González Vicén, *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Colección El Derecho y el Estado, dirigida por Elías Díaz y el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Fernando Torres editor, Valencia, 1984, p. 41 y 48.

acuerdo a una ley general, pero no la libertad trascendental<sup>145</sup> sino la libertad de hacer o no hacer según el parecer de cada quien.

El Derecho lo concibe Kant como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de los otros según una ley general de libertad”<sup>146</sup>, es decir, “como condición de la autonomía en el mundo de las relaciones sociales.” El derecho no es “meramente un esquema de conducta debido, sino un orden cierto y permanente de las relaciones humanas, un orden que, por este su carácter de certeza y permanencia, representa y garantiza el máximo de acción libre en la convivencia, y es, en este sentido, condición de la determinación moral del hombre como ser social.”<sup>147</sup> El Derecho es restricción de la facultad de obrar externo del hombre, es el límite del obrar humano para permitir que todos tengan la posibilidad de ser libres y vivir en paz. Para Kant los hombres en estado de naturaleza viven en un estado de guerra, sólo en un estado legal un individuo puede proporcionar a otro la seguridad necesaria.<sup>148</sup>

Es en esta concepción de Derecho en donde se encuentra relacionado y vinculado el tema del Estado en Kant. Es en el Estado en donde es posible encontrar la noción de certeza y permanencia de las relaciones humanas en su condición de autonomía que pretende realizar el Derecho.

#### **d.4 El Estado de Derecho**

Enrique Antonio Pérez Luño, realiza en “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, una buena síntesis del aporte de Immanuel Kant respecto al concepto histórico del Estado de Derecho. Inicia su exposición diciendo que “Existe un amplio acuerdo entre quienes han abordado el estudio del Estado de Derecho en su dimensión

---

<sup>145</sup> Sobre la libertad trascendental véase a Francisco José Contreras Peláez, *La libertad en el pensamiento de Kant*. En Gregorio Peces – Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, SIGLO XVIII, V.II, *La filosofía de los derechos humanos*. Op. cit. p.p 488 – 498.

<sup>146</sup> Joaquín Abellán, *Sobre el concepto de república*, en Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002, p. 26.

<sup>147</sup> Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del Derecho*. Op.cit. 72.

<sup>148</sup> Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, Op.cit. p. 51.



histórica en cifrar el origen moderno de esta idea en la filosofía política de Immanuel Kant.” Con Kant se inicia y confluyen las múltiples interpretaciones de la edad moderna sobre el Estado de Derecho, y a la vez, se manifiestan claramente las posiciones liberales del Estado de Derecho. Kant, en opinión de Pérez Luño, se encuentra en un momento en el que su aporte es puente entre la especulación jurídica y política de la Edad Moderna, de donde nace la concepción clásica del Estado de Derecho para convertirse en una teoría contemporánea.

El profesor de Sevilla establece dos aportes básicos de Kant al Estado de Derecho, en primer lugar, “Kant acepta, en principio, la tesis del iusnaturalismo iluminista de que el Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos, por medio del derecho. Pero al aludir a los fines del Estado rechaza cualquier eudemonismo o paternalismo, para reivindicar como su objetivo prioritario la garantía de la libertad a través del derecho.” La concepción de Kant sobre la libertad como fundamento y meta del Estado de Derecho, es de clara inspiración liberal. En segundo lugar: “Kant emplea el término libertad en sentido positivo, como autonomía o participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas que deben regular su conducta.”<sup>149</sup> Esa visión de participación de Kant es donde deriva la legitimidad de las leyes, de “conformidad con la ley de la igualdad de todos los súbditos (en cuanto ciudadanos): es la única que deriva de la idea del contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo.”<sup>150</sup>

En ese sentido el Estado “debe estar basado, por tanto, en la participación o consenso de los ciudadanos y de ello depende la legitimidad de las leyes.” El Estado de Derecho en Kant sería el Estado sometido a las leyes, eso es, la constitución civil de todo Estado debe ser republicana, es decir, el Estado sometido a las leyes. Este tipo de Estado basado en la participación no significa que “el hombre haya sacrificado a un cierto fin una parte de su libertad externa innata, aunque haya abandonado completamente su libertad salvaje y sin ley”, sino que se reencuentra con su libertad general sin renunciar a nada en la sumisión a la ley, ya que esa sumisión al estatuto jurídico ha sido fruto de su propia

---

<sup>149</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, editorial tecnos, madrid, 2001, p.p. 214, 215, 216.

<sup>150</sup> Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, Op.cit. p. 52 – 53.

voluntad legisladora.<sup>151</sup> En la paz perpetua Kant lo define de la siguiente manera: “Al modo de gobierno que es conforme a la idea del derecho pertenece el sistema representativo, único en el que es posible un modo de gobierno republicano y sin el cual el gobierno es despótico y violento (sea cual fuera la Constitución).<sup>152</sup> El gobierno republicano en Kant, hemos dicho, consiste en la sumisión férrea a la ley e incluso contra todo derecho de resistencia. Es en este punto en donde se encuentran Estado y Derecho. El Estado será para Kant la posibilidad de realización del Derecho, “el Estado ya no puede negar al derecho porque se negaría a sí mismo, pero, a su vez, tampoco el derecho puede <<resistir>> al Estado porque ello equivaldría a negar su propia fuente de validez”. En este sentido dejaría de haber contradicción entre ambos términos, pues si tenemos en cuenta la razón como base de los postulados Kantianos, ésta se convierte en el único fundamento de cualquier legislación positiva, es decir, Estado de Derecho es como Estado de razón. La razón es la condición a priori de una coexistencia libre a través del Derecho.

Frente a lo anterior no se puede dejar de lado el comentario de que esta visión formal y racionalista de Kant no debe verse de manera absoluta, ya que no se puede negar la influencia que tiene la historia y la experiencia en sus postulados por muy racional y abstracto que pretenda ser. No podemos olvidar –dirá Pérez Luño- que uno de los trasfondos teóricos Kantianos ha sido la tradición iusnaturalista y la propia experiencia histórica que ha vivido Kant en su contexto. Cabe mencionar las influencias de la revolución francesa y las propias vicisitudes del Estado Prusiano.

Esta concepción abstracta y trascendental de Kant viene acompañada por la crítica del sofisma formalista que consiste en que una teoría formalista como la de Kant, no puede escapar “al tribunal inapelable de la experiencia y de la historia, cuando se trata de enjuiciar sus repercusiones prácticas. Y es, precisamente, a partir de esas contradicciones y ambigüedades de la teoría política Kantiana de donde arrancan buena parte de las luces y las sombras, de los malentendidos y de las incertidumbres que han jalonado la evolución posterior del Estado de Derecho.”<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op.cit. p.216.

<sup>152</sup> Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, Op.cit. p. 57.

<sup>153</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op.cit. p.281 - 219.

### II.2.1.3 La nueva situación: derechos y libertad individual

En este contexto histórico surge una nueva forma de ver el derecho. Los derechos serán la armadura jurídica de la voluntad un modo de hacerla eficaz protegiéndola de sus enemigos<sup>154</sup>. Toda la configuración de las nuevas relaciones y estructuras sociales que irán surgiendo con el devenir del pensamiento ilustrado, se van a traducir en derechos, los cuales nacen de las ideas del ius naturalismo racionalista coherentes con el nuevo orden y con las nuevas reglas del juego, donde cada individuo sabrá a que atenerse. Las normas se positivizan y se van creando instrumentos jurídicos de protección de los derechos.

Dos son los aspectos que se regulan en esta nueva situación: las reglas del juego democrático y el principio o derecho de libertad. Esto surge con la necesidad de crear cauces y procedimientos para la relación entre el poder y la libertad de los individuos que están bajo ese poder. Es así como nace una nueva concepción de la Democracia, una Democracia, se dirá, moderna. Ernst Wolfgang Böckenförde lo describe de la siguiente manera: "La Democracia puede aparecer así como mediadora entre la permanencia del dominio político, esto es, entre la existencia de relaciones de subordinación, de mando y obediencia, y el principio de la libertad individual y de la autodeterminación"<sup>155</sup>.

Benjamin Constant, hace una diferenciación al respecto de la Democracia en su obra *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (1819). En el primer caso, la libertad de los antiguos se referirá a la libertad democrática, es decir, la formación de la voluntad del Estado, como único e indiferenciado poder social del pueblo. En la segunda, la libertad de los modernos, se referirá a la libertad liberal, es decir, aquella que sólo es posible limitando el poder del gobierno y sometiendo su ejercicio a rígidos procedimientos, a fin de garantizar a los ciudadanos, además de la seguridad, una esfera de autonomía privada, que serán condiciones indispensables para un libre desarrollo de su personalidad

---

<sup>154</sup> Los enemigos de la voluntad sería todo aquello que constriña su realización tales como los sistemas autoritarios o totalitarios contrarios claro está a la Democracia y el Estado de Derecho. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Op.cit. p. 82.*

<sup>155</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Op.cit p. 77*

en la esfera ética y en la económica. La justificación de su posición ante la Democracia de los antiguos, es que ésta solo sería posible en sociedades pequeñas, debido básicamente a que el tipo de Democracia a la que se referían era la Democracia directa al estilo de Rousseau. No obstante, matizando un poco la posición de Rousseau, éste propone también la Democracia representativa justificada únicamente por el lugar y el contexto concreto de ese lugar. En cambio en la Democracia de los modernos sólo cabe la exaltación de la libertad política y de instituciones representativas de los grandes estados modernos.

La justificación que hace Constant de la libertad de los modernos se basa fundamentalmente en que la esfera de autonomía privada es el ideal de libertad, de una libertad total: religiosa, filosófica, literaria, industria y política. Esta libertad de los modernos se caracteriza por el triunfo de la individualidad sobre la autoridad que quiera gobernar despóticamente o, sobre las masas que con el principio de igualdad quisieran ver disminuida la individualidad y cerrar sus energías creadoras. Defiende por tanto la libertad de prensa; la libertad personal frente a toda forma de arbitrio; los derechos individuales civiles (no naturales); la inviolabilidad de la propiedad; la libertad de industria y de comercio, aunque el gobierno pueda intervenir cuando sea indispensable. Pero como fundamento de todas las libertades.

Esta visión distinta acerca de la Democracia irá acompañada, obviamente, por una nueva visión del derecho y del constitucionalismo. Después de guerras civiles y revoluciones, y surgida una nueva conciencia ético – política, se inició una nueva configuración del Estado en un estado constitucional liberal, que garantizaría, no sólo los ideales libertarios e individualistas, sino su ejercicio real y pleno a través de las declaraciones y manifestaciones de derechos del hombre. La Libertad, en este sentido, es un ideal, un ideal absoluto, pero también un método, es decir, un procedimiento constitucional para tomar decisiones políticas, un procedimiento jurídico que sirve para garantizar los derechos del individuo.

La defensa de la libertad manifestada en las declaraciones de derechos, es un aspecto incuestionable para algunos revolucionarios franceses como Condorcet y Du Pont de Nemours, en relación con la autoridad y sus límites al dictar las leyes: “La autoridad para hacer cualquier tipo de ley, incluidas las absurdas e injustas, no puede ser delegada a



ninguno, ya que no pertenece ni siquiera al cuerpo entero de la sociedad. Si este cuerpo, excitado por ideas fanáticas, quisiera hacer una ley contraria a la libertad, a la seguridad, al derecho de propiedad de los ciudadanos, o de un solo ciudadano ... el ciudadano aislado que se opusiese a la ejecución de tales leyes podría ser oprimido por la fuerza superior de los otros, haría una guerra desventurada, pero no sería un rebelde ... La autoridad, entendida como posibilidad de hacer todo o de prescribir todo, es un derecho que se ha reservado la naturaleza, y ninguna asociación humana puede apropiarse de él, ni delegar ... La nación reunida no puede dar a nadie la autoridad de hacer leyes contrarias a la Declaración de derechos"<sup>156</sup>.

Desde una perspectiva filosófica y ius naturalista, la reforma protestante que llevó a la ruptura del dogmatismo religioso conlleva la necesidad histórica de un ius naturalismo no fundado en la ley eterna, sino en el contexto del racionalismo moderno. Se da una autonomía e independencia de la razón humana que da paso a un derecho que surge de la misma naturaleza racional del hombre. En este sentido, el ius naturalismo, que puede tener una función conservadora o crítica, dependiendo del momento histórico que se viva, tuvo en este sentido, durante el Renacimiento y la Ilustración, una función revolucionaria y crítica frente al modelo económico y social del feudalismo, que da paso al capitalismo y el establecimiento de la nueva clase burguesa. En este contexto los derechos de libertad, propiedad privada, igualdad jurídico formal, constituyen una concepción del mundo que opera en su momento con carácter revolucionario frente al absolutismo del *Ancien Régime*, lo que constituye una crítica más o menos radical tanto al sistema de legalidad como al de legitimidad correspondiente.

Al mismo tiempo del desarrollo de este pensamiento racionalista con respecto al derecho natural, se producen tendencias historicistas que reivindicarán el carácter mudable, cambiante, particular y contingente del derecho, que hoy se conciben como producto de las concretas circunstancias históricas. No hay derecho abstracto, sino sólo derechos, los producidos por los diversos pueblos como fruto de su vida histórica.

En conclusión, es destacable la nueva visión de la ley pero, sobre todo, de los derechos. La teoría de los derechos del hombre y del ciudadano –nos dirá Matteucci- se desarrolla

---

<sup>156</sup> Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Op.cit. p. 238.

bajo el sentido de que “el orden evidente se transforma en libertad o, mejor, que el derecho natural (cuya objetividad se revela sólo en la *recta ratio*) se transforma en la conciencia de los derechos subjetivos inalienables; pero ambos están sustraídos a la voluntad del hombre, a la que sólo compete establecer las leyes en armonía con aquellos principios o, de otra manera, reconocer sólo lo que es en sí justo. El derecho positivo no deriva de la voluntad del rey o del pueblo: tiene su única fuente y su verdadero carácter en la evidencia de un orden natural, en la certeza de los derechos universales”<sup>157</sup>.

#### **II.2.1.4 Declaraciones de derechos**

Se ha dicho que la manifestación concreta del nuevo orden jurídico social lo constituyen las declaraciones de derechos que evidencian el paso a ese nuevo orden. La defensa de los derechos, el sometimiento a la ley por parte de los individuos y del poder que viene a constituir la armadura de la voluntad individual, la protección de la autodeterminación, la garantía de la libertad frente al poder político, son algunas de las características que se encuentran en las letras de las Declaraciones de Derechos. Es necesario por tanto dar un vistazo a algunas de ellas. Como un ejemplo de ese derecho subjetivo propio de la generación de derechos, se verán las siguientes declaraciones: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, y la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789. En estas declaraciones de Derechos puede fácilmente identificarse el estilo racionalista que se ha descrito anteriormente.

##### **a. Declaración de Independencia de los Estados Unidos y su influencia en el constitucionalismo norteamericano**

Los principios fundamentales que interesa destacar aquí de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos lo constituyen la representación parlamentaria, la ley natural y el pacto. Se toma como punto de partida el pacto declarando la necesidad de

---

<sup>157</sup> Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Op.cit. p. 238.

romper con ese pacto cuando se vulneran y atropellan los derechos innatos de los hombres. En la declaración se adoptan las ideas de los derechos naturales y el consentimiento del pueblo como factor esencial de legitimidad del gobierno. El racionalismo se positiviza como instrumento de legitimación. En esto consiste el interés que despierta la declaración de independencia en que es la primera vez que la legitimidad jurídico política racionalista hace entrada total y franca en la historia. “De la fundamentación apoyada en el common law y en los derechos de los ingleses se pasa a una fundamentación referida a los derechos naturales de lo individuos.”<sup>158</sup>

En la cuestión política la independencia tiene efectos claros en la forma del poder político y su modo de ejercitarlo, como también, en el significado que adquieren los derechos. El profesor Jesús González Amuchástegui lo describe de la siguiente manera: “El poder legislativo -representante del pueblo, y elegido democráticamente por éste- no es concebido como un poder soberano, absoluto e ilimitado; va a estar limitado no ya tanto por la ley natural, como por la ley natural positivizada, pues no otra cosa son las Declaraciones de Derechos. Dicho con otras palabras, el producto del poder legislativo, la ley, no puede ir contra la Constitución. La justicia de una ley dependerá, por un lado, de su origen democrático, del hecho de que los ciudadanos —a través de sus representantes— hayan participado en su elaboración, y por otro lado, del respeto a los contenidos de justicia positivizados en las Declaraciones de Derechos.”<sup>159</sup> Esta idea de límites al legislador y a los poderes se deriva de la protección de los derechos individuales fundamentales y de la fuerte concepción de la autodeterminación del individuo.

Por eso es que los derechos que se pueden subrayar que reconocen claramente las Declaraciones de Derechos son aquellos vinculados a la forma de gobierno o los relativos a la libertad religiosa. La participación política, reconocida como una de las libertades, no es en este período, un principio de participación universal por estar determinada y vinculada al derecho a la propiedad.

---

<sup>158</sup> Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras, *Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución*. En Gregorio Peces Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II: Siglo XVIII, Vol. III. Op.cit. p. p. 92 - 93

En este sentido, las Declaraciones y Constituciones posteriores a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, vienen a privilegiar a aquellos derechos que demandan del Estado un no hacer, es decir, un abstenerse de actuar para procurar que los individuos no se les vulneren sus derechos.

Frente a lo anterior es curiosa y a la vez lógica la falta de referencia de los derechos individuales en la Constitución de 1787. Es importante subrayar que los derechos de las colonias norteamericanas eran aquellos propios de los viejos derechos de los ingleses, por tanto, no era necesaria su puntualización. Con la Declaración de Independencia la visión sobre los derechos cambia, aunque se trate en algunos casos de los mismos derechos. Lo que cambia es su justificación, que paulatinamente se va convirtiendo en una justificación cada vez más abstracta hasta llegar a conjugar lo abstracto y lo histórico. Una de las explicaciones a este hecho puede encontrarse en el pensamiento filosófico de John Locke, cuando se refiere a la concepción que tenía sobre los derechos<sup>160</sup>. Según Locke, el individuo posee derechos naturales inherentes al individuo y su existencia es pre-estatal o pre-social, no dependen de la sociedad o del Estado. Dichos Derechos Naturales no se pierden cuando el individuo deja su estado de naturaleza para pasar al estado en sociedad, sino, que el paso de una estado a otro es precisamente, según Locke, para asegurar el mejor disfrute de estos derechos inalienables.<sup>161</sup> El individuo entra en sociedad organizada cuya forma y estructura del poder está claramente limitada para salvaguardar y garantizar los derechos naturales; dicho con otras palabras, el individuo

---

<sup>159</sup> G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumergue Y A. Posada, *ORIGENES DE LA DECLARACION DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO*. Edición preparada por Jesús González Amuchastegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 48.

<sup>160</sup> Obviamente Locke no fue el único pensador que dio paso a la generación del contenido de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, pues muchos otros pensadores contribuyeron ideológicamente a su formación. Lo que no se puede negar –como dicen los profesores De Asís, Ansuátegui y Dorado– es la influencia destacable de John Locke. Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras, *Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución*. En Gregorio Peces Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II: Siglo XVIII, Vol. III. Op.cit. p. 94 – 96.

<sup>161</sup> Luis López Guerra al respecto escribe que “hay determinados derechos de la persona que no dependen de su reconocimiento en contratos o normas jurídicas, sino que son consustanciales a la misma naturaleza humana, y, por lo tanto, previos o anteriores a cualquier pacto o creación de una comunidad política: esta posición resulta particularmente popularizada por las obras filosóficas de John Locke, y encuentra explícito reflejo en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776). Luis López Guerra, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, valencia, 1994, p.p. 101 – 103.



entra en la sociedad organizada “de conformidad con un contrato social que establece un poder limitado cuya función legítima es aumentar el disfrute de los derechos naturales.”<sup>162</sup>

La declaración de independencia de los Estados Unidos recoge las anteriores ideas de la siguiente manera:

*Sostenemos que estas verdades son evidentes: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos se establecen los poderes públicos entre los hombres que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que en cualquier momento en que cualquier forma de gobierno pase a ser destructora de estas finalidades, el pueblo tiene derecho a alterarla o abolirla, y a establecer una nueva forma de gobierno, basada en dichos principios y que organice los poderes de la manera en que parezca más probable realizar la seguridad y la felicidad.*

En el texto de la Declaración se puede encontrar esa visión de Derechos preconcebida e inalienables y, para la salvaguarda y protección de los mencionados Derechos, se establecen los poderes públicos, limitados y sometidos al consentimiento del pueblo. Dos son los elementos que se desean destacar y que se han mencionado desde un principio: primero, la Declaración de Derechos, aunque mínima pero básica en cuanto a que es una Declaración de Derechos en sentido negativo, pretende que el Estado no actúe para procurar el ejercicio a la vida, la libertad y la felicidad; y segundo, los límites en el ejercicio de los poderes públicos se establece precisamente para permitir el goce y el disfrute de los Derechos individuales.

En el Constitucionalismo norteamericano no se desarrollan una cantidad de Derechos, solamente se limitan a mencionar los más básicos y fundamentales. Dejan claro el papel del sometimiento de los poderes públicos al pueblo, pero entre estos dos aspectos jugará un papel fundamental el poder judicial como garante y como procurador de los Derechos

---

<sup>162</sup> Michael Rosenfeld, *NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS*. Traducción de Jordi Freixes Montes, Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Autònoma de Barcelona. CENTRE D'ESTUDIS DE DRETS HUMANS. QUADERNS DE TREBALL, N° 3, Universitat Autònoma de Barcelona, 1994. p. 6.

Fundamentales del pueblo de los Estados Unidos. Este elemento caracterizará al constitucionalismo norteamericano, es decir, la desconfianza frente al legislador. El sometimiento de los poderes públicos al pueblo, no es nada más que el sometimiento del legislador al constituyente originario, manifestada esa voluntad en la Constitución. Aquí es donde se pueden encontrar las razones últimas del sistema judicial norteamericano (judicial review) y de añadir “cláusulas específicas de reconocimiento de derechos a la Constitución, en forma de enmiendas.”

La División de los poderes y el desarrollo de un sistema liberal, no deja la menor duda que era la intención de los padres de la nación norteamericana. Pero lo interesante y destacable es la función asignada al poder judicial en el control de la legalidad y la configuración que por medio de su jurisprudencia va dando a los derechos fundamentales constitucionales.

Así lo expresa Michel Rosenfeld respecto al control judicial: “Desde el siglo XIX, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha declarado a sí mismo el árbitro final sobre lo que la Constitución requiere. Además, este papel ha sido ampliamente aceptado y respetado, tanto por los demás poderes como por el pueblo americano. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha tenido un papel central en la configuración y delimitación de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente.”

Esta labor del Tribunal Supremo ha conllevado la creación de una jurisprudencia que ha ido dando contenido en Derechos a la Constitución americana, promoviendo algunas enmiendas que le han afectado: “el Tribunal Supremo siempre ha tenido la flexibilidad suficiente para expandir o contraer los derechos humanos constitucionales a medida que las exigencias políticas lo requieran. Incluso en términos más amplios, las concepciones judiciales expansionistas y restrictivas de los derechos humanos constitucionales pueden ser respectivamente ligadas a visiones contrapuestas de la interpretación constitucional.” Es decir, que la visión expansionista de los Derechos Humanos basada en las teorías sobre los derechos naturales de Locke o de otras normas éticas basadas en la tolerancia y aceptadas ampliamente, establecerían amplios principios que incorporan derechos. En cambio, la visión restrictiva será utilizada como una visión de la Constitución como un Código Legal, interpretado conforme a los cánones de la interpretación estatutaria

ordinaria. Sólo establecerá aquellos derechos que son específicamente mencionados en el texto escrito o que fueron directamente previstos por los autores de la Constitución.<sup>163</sup>

En definitiva, el reconocimiento de los Derechos en la Declaración de Independencia es la base normativa de consiguientes declaraciones y Constituciones en América y Europa. Su positivación y reconocimiento, su posterior ampliación de Derechos, la particular concepción de los mismos diferirá, por ejemplo, a las declaraciones de 1789 en Francia, debido a realidades y contextos distintos.

El aspecto relevante del constitucionalismo norteamericano, a partir de las declaraciones de derechos, se manifiesta sobre sus especiales visiones de la naturaleza y fuente de los derechos, tal es el caso, como se ha mencionado, de la labor que han venido realizando los Tribunales y muy especialmente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo va dando paso a una idea de Constitucionalismo y de Estado que diferirán en algunos aspectos a los del continente Europeo.

No obstante lo anterior, lo importante es destacar que el Constitucionalismo Norteamericano y el Europeo tendrán como denominador común, dentro del engranaje ley y Constitución, a la Democracia. Como fuente de legitimidad del poder y de la legalidad en la que ese Poder estará sometido al Derecho que nace de la voluntad soberana del pueblo. En otras palabras, el poder limitado por los Derechos inalienables y preexistentes del individuo.

#### **b. Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789**

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, encontramos plasmado el pensamiento ideológico liberal Europeo, que de intereses y valores posee la burguesía como la clase social que asume el poder político en Francia. Razón e historia se unen para constituirse en la manifestación de la Declaración. El pensamiento de Montesquieu influirá decididamente en parte del contenido de la Declaración, el cual

---

<sup>163</sup> Michael Rosenfeld, *NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS*. Op.cit. p. 10

puede ser situado, como lo dirá el profesor Peces-Barba, en el “ámbito de la filosofía de los límites del poder” ... “La separación de poderes, el puesto de la Ley y su relación con la libertad, la definición de ésta y algunas dimensiones de contenido sobre garantías procesales o el papel de las fuerzas armadas, constituyen su aportación principal.”<sup>164</sup>

Uno de los aspectos que hay que destacar en concreto del aporte de Montesquieu en el contenido de la declaración está en que tanto el poder como los individuos están sometidos a la ley. La libertad que es intrínseca al individuo sólo puede ser limitada en los términos que determina la ley, idea que se encuentra en los artículos 4º y 5º de la Declaración<sup>165</sup>. En este sentido la libertad individual y la libertad política gubernamental estarán limitadas por la ley y por la separación de poderes que es el único mecanismo para que el poder no abuse.<sup>166</sup> De esta manera quedó plasmada en el artículo 16 de la Declaración la norma que dicta que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución...”<sup>167</sup>

Con respecto a los artículos siete, ocho y nueve<sup>168</sup>, el profesor Peces-Barba comenta el aporte de Montesquieu refiriéndose a la idea de la libertad política en relación con los

---

<sup>164</sup> Gregorio Peces – Barba Martínez, *Los Derechos del Hombre en 1789*. Op. cit. p. 87.

<sup>165</sup> Christine Fauré, *Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Decretados por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto de 1789 y aceptados por el Rey el 5 de Octubre. Fondo de Cultura Económica, México, 1995. p. 11:

Artículo 4º: La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro: por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 5º: La ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena.

<sup>166</sup> Gregorio Peces – Barba Martínez, *Los Derechos del Hombre en 1789*. Op.cit. p. 88.

<sup>167</sup> Christine Fauré, *Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. Op.cit. p. 12.

<sup>168</sup> *Declaraciones de los derechos del hombre de 1789*: Artículo 7º: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades prescritas por ella. Aquellos que soliciten, expidan o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o arrestado por la ley debe obedecer al instante, y si resiste se hace culpable.

Artículo 8º: La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida anteriormente al delito y legalmente aplicada.

ciudadanos: “la diferenciará de lo que llama la libertad filosófica que consiste en el ejercicio de la voluntad y que es otra perspectiva de referirse a lo que llama independencia -libertad de elección- y la identificará con la seguridad o con la opinión que tiene cada uno de su seguridad, con lo que la vinculará con las garantías procesales <<...Cette sureté n’est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C’est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen...>>”<sup>169</sup>. Con respecto a los artículos doce y trece de la Declaración<sup>170</sup> también se encuentran reflexiones de Montesquieu al respecto, como es el caso de su preocupación sobre la fuerza pública y sobre la contribución común para los gastos de administración; al respecto el profesor Peces-Barba cita al Barón de Montesquieu en el primer aspecto: “<<...Pour que celui qui execute ne puisse pas opprimer il faut que les armées qu’on lui confie soient peuple et aient le même esprit que le peuple...>> y en el segundo supuesto, <<Des rapports que la levée des tributs et la grandeur des revenus publics ont avec la liberté>>”.<sup>171</sup>

En términos generales aunque el aporte de Rousseau no es tan claro como podría ser el caso de Montesquieu, se deja notar su visión filosófica en cuanto a que los derechos naturales se realizan cuando el individuo como parte de la voluntad general, bajo ciertas condiciones, le garantiza su bienestar. Estas condiciones le permiten que se le trate como igual, cuyo bien se deriva del bien general y que posee una fuerza pública y un poder supremo que le garantiza su existencia. Lo antes dicho solo se puede hacer valer dentro de la esfera del Contrato Social y su existencia en el derecho positivo a través de la ley. Ejemplo de esto lo constituye el ya citado artículo 16 de la Declaración.

---

Artículo 9º: Debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

<sup>169</sup> Gregorio Peces – Barba Martínez, *Los Derechos del Hombre en 1789*. Op.cit. p. 89.

<sup>170</sup> Artículo 12º: La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza es, por tanto, instituida en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes es confiada.

Artículo 13º: Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios.

<sup>171</sup> Gregorio Peces – Barba Martínez, *Los Derechos del Hombre en 1789*. Op.cit. p. 89.

Gregorio Peces Barba explica que “Si los derechos forman una determinada moralidad de defensa de la dignidad del hombre, de su libertad y de su igualdad, y si el Derecho es Derecho Estatal en el mundo moderno, sólo la integración de esos dos elementos – moralidad y derecho- puede dar eficacia social a la dignidad, a la libertad y a la igualdad; o dicho de otra manera, sólo un poder político que asuma esa moralidad como propia, y ése es el poder político democrático, puede impulsar la idea de los derechos humanos. El punto de vista de que los derechos son posibles como previos, con cualquier poder, y que son un límite eficaz socialmente a cualquier poder, ha sido verificado como falso en la historia.” Aquí se hace una defensa clara de la Democracia como único sistema capaz de garantizar la vigencia y respeto de esos derechos.

Pero la semilla de la idea de Rousseau lo constituye la interrelación entre moralidad de los derechos humanos con los Derechos de los derechos humanos. Estos se entenderán por la mediación –dirá Gregorio Peces Barba- de la voluntad general entendida como soberanía popular democrática, es decir, la ley y por la eficacia social a los principios de Dignidad, Libertad y a la Igualdad. Todo como producto de la voluntad general que representa a ese poder soberano.

Rousseau plantea las cosas desde una visión histórica y trata de darles una razón concreta en la realidad. Por ejemplo, los principios del derecho natural los concreta en la ley, y lo explica argumentando que no sería necesario de ningún tipo de gobierno ni de leyes si todos acataran las normas provenientes de Dios, pero como no es así, será la ley en la que se concretarán la voluntad general, que es el bien de todos y para todos. La ley juega ese papel fundamental de buscar el bien de todos y para todos, en un sentido filosófico; y en un sentido jurídico su validez proviene, entre otras cosas, de la voluntad general. Por tanto, si ese bien de todos que proviene de la voluntad general lo constituyen los derechos humanos “sólo el poder político democrático, puede impulsar la idea de los derechos humanos.”<sup>172</sup>

La positivación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre y su desarrollo posterior en

---

<sup>172</sup> Gregorio Peces – Barba, *Los textos de la Revolución Francesa. Primera parte: Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789*. En Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís: *Historia de los derechos Fundamentales*, Tomo II, V.3. Capítulo XVI. Op.cit. p. 168 y 169

las Constituciones Francesas, tales como la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, la soberanía de la nación, la división de poderes, la ley como expresión de la voluntad general, y la idea del sometimiento a la ley, es el paso decisivo claro y concreto al nuevo orden. Nuevo orden que se inició con el desarrollo del derecho natural racionalista, en los que participaron algunos pensadores del siglo XVI, entre los que se han citado a Grocio, Puffendorf y otros.

Claro está que los acontecimientos históricos y la realidad misma que de intereses y valores reunía la nueva clase pujante, tal es la burguesía, que al asumir el poder procedieron a legalizar su legitimidad de poder político, se traducirá en un estado liberal que sentará las bases para el constitucionalismo moderno, bajo la máxima del gobierno de las leyes y no de los hombres. Esta nueva legitimidad dará paso a lo que se denominará Estado Liberal de Derecho que será la finalidad de consecuentes movimientos similares en el mundo occidental.

## II.3 Modelos de Estado de Derecho: el Estado liberal y el Estado Social

### II.3.1 El Estado Liberal de Derecho

El denominado Estado Liberal de Derecho se va a caracterizar en que su diseño va a responder a las exigencias históricas tanto del pensamiento e ideología liberal, que se ha reseñado ampliamente en las líneas anteriores, como de las exigencias políticas y económicas de la clase burguesa que a continuación se detallan.

#### II.3.1.1 Económico y social

Una nueva clase social asciende en el poder: la burguesía. La cual comenzó a gestarse por un proceso de cambios sociales y económicos que alcanzarán su máximo esplendor con la Revolución Francesa y las declaraciones positivas de derechos. El inicio de todo el proceso se da a fines del medievo con la novedosa economía de mercado que se ve fortalecida con la apertura de vías de comunicación con el oriente. El flujo de mercancías trae consigo nuevos interlocutores sociales como son el comerciante aventurero<sup>173</sup>, el artesano y el habitante de la ciudad y el desarrollo próspero del mercantilismo y el comercio<sup>174</sup>. El banquero, el comerciante, el industrial, reemplazaron al terrateniente, al eclesiástico y al guerrero como tipos de influencia social predominante<sup>175</sup>. Con ello renace

---

<sup>173</sup> Los comerciantes en un principio utilizaron los antiguos caminos de las cruzadas para llevar sus mercancías, y se protegían en los castillos, buscando protección y seguridad para sus actos de comercio. André Vachet cita a Henri Pirenne para describir a modo de ejemplo lo anterior: “La existencia de estos comerciantes errantes, los riesgos de todo tipo a que estaban sometidos en un tiempo en que el pillaje constituía uno de los medios de existencia de la pequeña nobleza, le hicieron buscar desde el principio la protección de los recintos amurallados que se escalonaban a lo largo de los ríos o de los caminos”. Henri Pirenne, *Histoire Economique de l'Occident médiéval*, Desclée de Brouwer, Tournai, 1951, p. 194. Y citado por André Vachet, *La ideología liberal I*, traductores Pablo Fernández Albaladejo, Valentina Fernández Vargas, Manuel Pérez Ledesma, Editorial Fundamentos, Madrid, 1972, p. 36

<sup>174</sup> La nueva idea de producción trae consigo cierta especialización y división del trabajo artesanal, e incluso del comercio; el consumo cede terreno a la acumulación que se había iniciado en la Edad Media. La productividad, la acumulación, y la circulación de mercancías van a tener un protagonismo como nunca en la historia económica, por lo que se perfeccionan los instrumentos técnicos del manejo de la economía. “Las condiciones físicas e ideológicas e incluso técnicas”. Henri Pirenne, *Histoire Economique de l'Occident médiéval*. Op.cit. p. 15 – 50. André Vachet, *La ideología liberal I*. Op.cit. p. 43.

<sup>175</sup> Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*, traducción de Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1992. p. 218



la ciudad<sup>176</sup>, aparece el sistema de franquicias y de las corporaciones. El descubrimiento de nuevas técnicas trae consigo la transformación de las condiciones de vida, como la facilitación en la explotación agrícola y manufacturera por parte del hombre y el animal. El descubrimiento del nuevo mundo permitió la ampliación de nuevos mercados y el flujo de mercancías de un continente a otro<sup>177</sup>. Todo esto trajo consigo un cambio en las relaciones sociales y económicas de los individuos.

La acumulación de riqueza producto del mercantilismo da paso al espíritu capitalista que comienza a adueñarse de los hombres para finales del siglo XV. Lo cual significa “que el objeto principal de la acción humana era la búsqueda de la riqueza”. Pero lo novedoso no es la búsqueda de la riqueza en si, sino, que dicho objeto “comienza a impregnar la mentalidad colectiva”.

“El sentido social del medievo –dirá el profesor Harold Lasky- se desvanece ante el creciente predominio del espíritu capitalista. Una concepción individualista desaloja a la concepción social. La idea de la sanción utilitaria reemplaza gradualmente la idea de la sanción divina para las reglas de conducta. Y el principio de la utilidad no se determina ya con frecuencia al bien social, sino que su significado radica ahora en el deseo de satisfacer una apetencia individual, dándose por aceptado que, mientras mayores riquezas posee el individuo, mayor es su poder para asegurarse satisfacción”.

A la par del desarrollo ideológico y filosófico y el reconocimiento positivo de los derechos naturales, se va consolidando el modelo económico capitalista y su respectiva clasificación social. La praxis política de la burguesía, basada en sus intereses económicos e ideológicos van encaminados a interpretar los derechos de libertad en procura de que ningún elemento estatal o social perturbe el camino a la consolidación de su estatus. En palabras de Harold Lasky: “Su afán es establecer el derecho a la riqueza

---

<sup>176</sup> “De simples organismos comerciales, las ciudades se transforman poco a poco en organismos industriales, por lo menos algunas de ellas, lo cual constituye una gran revolución. Desde su aparición en todas las ciudades trabajan artesanos. Pero sólo trabajan para el consumo local. Cuando el comercio hace afluir hacia algunas ciudades grandes cantidades de materias primas, a partir de ese momento acuden también hacia ellas trabajadores de todas partes, originándose una auténtica industria de explotación.”. Basado en Henri Pirenne, *Histoire Economique de l'Occident médiéval*. Op. cit. 15 - 50. Lucien Febvre, *Pour une histoire à part entière*, S.E.V.P.E.N. París, 1962, p. 340.

<sup>177</sup> André Vachet, *La ideología liberal 1*. Op.cit. p. 35

con el mínimo de interferencia de cualquier autoridad social, sea la que fuere. En este empeño, el capitalismo se ve obligado, hablando en términos generales, a pasar por dos grandes fases: por un lado pretende transformar la sociedad, mientras por el otro trata de apoderarse del Estado. Para la transformación de la sociedad procura adaptar los hábitos y maneras de ésta en el sentido de sus propios designios. Y si quiere adueñarse del Estado es porque éste, en suma, posee el supremo poder coercitivo social y puede disponer de él conscientemente de acuerdo con sus fines<sup>178</sup>.

### II.3.1.2 Político

En lo que respecta al factor político no se van a detallar los diferentes movimientos e intereses de los grupos que luchaban por el poder en aquel momento. El período al cual nos referimos es el comprendido entre finales del siglo XVIII y principios del XIX. El objetivo será más bien describir en qué consistía el proceso de nombramiento de los representantes del pueblo en la Europa que alcanzaba el Estado liberal.

Las características que presenta Francia durante y después de la revolución de 1789 resultan ilustrativas de cómo se percibía el derecho político y ciudadano de elegir y ser elegido. André Jardin en su obra *Historia del liberalismo político* permite tener una visión clara del proceso, en la que narra con detalles algunos aspectos que se resumen a continuación.

Una característica de la política que es constante durante la primera época del liberalismo fue la participación censataria, que basaba la participación política en aquellos ciudadanos que pagaban impuestos o poseían bienes. Las mujeres no participaban en dichos procesos electorales (sólo Condorcet y Robespierre se preocuparon por los derechos de las ciudadanas). Generalmente bastaba con tener 25 años para participar pero este dato dependía de estar inscrito en la lista de los contribuyentes para ser elector o elegible. En algunas ciudades se exigieron al parecer condiciones más rigurosas y una parte de los artesanos se quedó sin voto.

---

<sup>178</sup> Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*. Op.cit. p. 19, 20 y 22.

Una de las características relevantes al momento de comprender la política de la época constituye la idea de “solidaridad” de la burguesía. André Jardin describe a dicha solidaridad como “negación”: “La solidaridad de estos burgueses es, antes que nada, una negación. No querían ni un retorno al Antiguo Régimen y sus privilegios, ni una Democracia dominada por el “populacho”. No era una clase cuya fuerza estuviese basada en la revolución industrial: hubo entre ellos industriales y comerciantes, pero la punta de lanza política de esta burguesía fueron los rentistas de la tierra, los abogados y juristas, o los dedicados a las profesiones liberales. En su seno, existieron solidaridades más estrechas entre los hombres que habían tomado parte en la fase aguda de la Revolución”<sup>179</sup>.

Muchas de las Constituciones después de la Revolución repudiaron el sufragio universal y el voto directo manteniendo siempre el voto de los electores contribuyentes cualquiera que fuese la cifra de su contribución. Por ejemplo, uno de los censos electorales realizados durante el Imperio<sup>180</sup> indicaba que para elegir 300 francos y un censo de elegibilidad de 1000 francos representaron menos de 100000 electores y menos de 20000 elegibles: cerca del 90% de los franceses quedaron excluidos del “país legal”. A lo anterior se une la tradición procedente del siglo XVIII de “que ciudadano es el que es propietario y por eso puede interesarse en los asuntos del Estado es más rigurosa que nunca; de ahí el nombre de “régimen censatario” que han dado los historiadores al instaurado en Francia de 1814 a 1848”<sup>181</sup>.

El elemento político junto con el económico fueron factores que influyeron profundamente en la crisis que dio paso al Estado Social de Derecho. La exclusión de la participación de grandes grupos sociales en lo político y los beneficios económicos, trajo consigo fundamentalmente la crisis liberal. Por un lado las promesas y contenidos del derecho que

---

<sup>179</sup> André Jardin, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, Traducción de Francisco González Aramburo, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p.p. 131 y 156.

<sup>180</sup> El Imperio se da a principios del siglo XIX y en el que se suceden Napoleón y los Borbones. No obstante los trajines de sucesiones y sustituciones dinásticas, el liberalismo es un sistema que se implanta en Francia en las leyes y en las costumbres, ideología de la nueva elite de los notables nacida de la Revolución y del Imperio y reconocida de hecho por el soberano restaurado. André Jardin, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, Op.cit., p. 237.

<sup>181</sup> André Jardin, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, p. 246.

se redactaban en las Constituciones posteriores a la revolución, y que de alguna manera se acercaban y alejaban del contenido de la Declaración de 1789, fue creando un clima propicio para nuevos movimientos basados en ideologías que criticaban el estatus burgués del liberalismo. Estas ideologías con legitimidad crítica frente al sistema, van a ser el fermento, junto a condiciones objetivas de los excluidos, de nuevos movimientos en el seno de la sociedad capitalista.

### **II.3.1.3 Ideológica**

André Vachet resume en tres grandes temas la ideología liberal, la cual nos parece oportuna señalar: “La reunión orgánica de estos tres temas, precisados de una manera más concreta, permite identificar formalmente toda la ideología liberal, y al mismo tiempo la distingue de cualquier otra sistematización teórica”<sup>182</sup>, veamos:

- 1- El naturalismo, que elabora una antropología de la felicidad que descansa en la acumulación y el disfrute de bienes materiales, y que sitúa el interés como motor de la actividad humana. Este interés justifica y garantiza las leyes y los derechos naturales.
- 2- El racionalismo, que se basa en una confianza ilimitada en la razón y en las luces para fijar las reglas de la eficacia y del utilitarismo.
- 3- El individualismo, es decir, la afirmación del individuo y su superioridad sobre todo mecanismo colectivo, lo cual justifica la preferencia dada a la libertad individual sobre las estructuras colectivas.

Estos tres aspectos como son el naturalismo, el racionalismo y el individualismo, son los que marcan la ideología liberal y su entorno. La cultura surgida a partir de los procesos de cambio iniciados por el método racionalista, dan paso al reconocimiento del derecho natural y su positivación en la ley, como reconocimiento de los derechos subjetivos, es decir, la autodeterminación libre del individuo. De aquí que la legitimación del Estado será la garantía de los derechos subjetivos por medio de la ley.

---

<sup>182</sup> André Vachet, *La ideología liberal I*. Op.cit. p. 73.

La garantía del Estado consistirá en que a través de la ley se limiten los actos de ejercicio del poder o de los poderes públicos para permitir el desarrollo y consecución de los derechos subjetivos. Es un Estado abstencionista Liberal que procura el individualismo. A partir de esta idea es que el Estado Liberal de Derecho construirá una estructura que permitirá la realización, por un lado del elemento normativo y jurídico, y por otro, la organización del Estado en la división de poderes.

Ahora bien, desde la posición ideológica de la nueva clase social en el poder (la burguesía) la doctrina del naturalismo, racionalismo y el individualismo tendrá una aplicación práctica desde sus intereses:

La ideología será uno de los factores fundamentales en el diseño y estructuración del nuevo tipo de Estado que responda a los intereses y valores de la burguesía. La función que desempeñará el Estado en su diseño de Estado garante de los derechos civiles y políticos, es de un Estado que garantizará el ejercicio de esos derechos individuales positivados y garantizados a través de omisiones en su actuar<sup>183</sup>. Es decir, su principal papel será no actuar para permitir que los individuos se realicen en libertad; es un no hacer para la autodeterminación individual. Pero estas aspiraciones de libertad y de autodeterminación en la práctica se traducirán en beneficios para la clase social privilegiada en lo económico, político y social: la burguesía.

El mismo Harold Lasky lo define de la siguiente manera: "La incipiente doctrina, al menos hasta el final del periodo mercantilista, considera como cosa natural la subordinación de la economía a la política. Pero resulta entonces que una administración estatal deficiente estorba la explotación plena de los recursos económicos, y entonces las mentes van inclinándose al principio del *laissez-faire*. El Estado, que hasta los comienzos del siglo XVIII aparece todavía como un agente eficaz del capitalismo, a fines de ese mismo siglo es considerado ya como el enemigo natural de su doctrina. Toda ética del capitalismo se resume en su esfuerzo por liberar al poseedor de los instrumentos de producción, emancipándolo de toda obediencia a las reglas que coartan su explotación cabal. El auge del liberalismo resulta de la ascensión gradual de la doctrina que sirve de fundamento a esta ética".

---

<sup>183</sup> Debió realizar para llegar a ese fin un cambio fundamental en todas las relaciones legales. Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*. Op.cit. p.11

Es lo que Edmund Burke resume con precisión al escribir: <<El gobierno puede hacer mucho para prevenir el mal, pero muy poco a favor del bien>>. A lo que André Vachet comenta: “Lo que vuelve a afirmar que el papel del Estado es, básicamente, conservador y, de ninguna manera, debe ser considerado como agente de transformación social. No es exagerar la concepción de la sociedad liberal el definirla como Carlyle, por: <<la anarquía más lo comprobable>>. Al concebir el Estado de esta forma se piensa en mantener un orden dado por la naturaleza y permitir, al mismo tiempo, el máximo de libertad al individuo. La teoría política liberal culmina en el famoso *laissez faire, laissez passer* de Gournay”<sup>184</sup>.

Resumiendo lo anterior se puede decir que el Estado Liberal se caracterizará por los siguientes aspectos:

El imperio de la ley y la división de poderes<sup>185</sup> se realizan en un contexto histórico en que los factores sociales y económicos son fundantes del nuevo sistema de legitimidad burgués<sup>186</sup>. La asunción de la burguesía como clase social al frente del poder, conlleva un cambio de tipo de sociedad, de una sociedad estamental<sup>187</sup> a una sociedad dividida por

---

<sup>184</sup> Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*. Op.cit. p.22, 23 y 199.

<sup>185</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

<sup>186</sup> Harold Lasky se pregunta y se responde al mismo tiempo, para comprender esta nueva forma de legitimidad social: “¿Qué es, pues, este liberalismo de que vamos a tratar? No es fácil describirlo, y menos definirlo, pues apenas si es menos un hábito mental que un cuerpo de doctrina. Como doctrina, se relaciona sin duda directamente con la noción de libertad, pues surgió como enemigo del privilegio conferido a cualquier clase social por virtud del nacimiento o la creencia. Pero la libertad que buscaba tampoco ofrece títulos de universalidad, puesto que en la práctica quedó reservada a quienes tienen una propiedad que defender. Casi desde los comienzos lo vemos luchar por oponer diques a la autoridad política, por confinar la actividad gubernamental dentro del marco de los principios constitucionales y, en consecuencia, por procurar un sistema adecuado de derechos fundamentales que el Estado no tenga la facultad de invadir. Pero aquí también, al poner en práctica esos derechos, resulta que el liberalismo se mostró más pronto e ingenioso para ejercitarlos en defensa de la propiedad, que no para proteger y amparar bajo su beneficio al que no poseía nada que vender fuera de su fuerza de trabajo”. Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*. Op.cit. p. 14

<sup>187</sup> La superación del Estado Absoluto, el poder centrado en el monarca, aparece limitado en la sociedad estamental por la moral y lo religioso, sea por el estamento eclesial, social o fácticamente por el estamento nobiliario. En este sentido las relaciones entre el monarca y los señores feudales e incluso las relaciones entre el monarca y el estamento eclesiástico no están claros en cuanto a que las limitaciones recíprocas de poder se amparan más en criterios ético – religiosos y sociales que en criterios estrictamente jurídicos. Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*. Op.cit. p. 38.

clases. Asunción que coincide obviamente con la positivación de los derechos naturales en las Constituciones de los siglos XVII – XIX. Esta positivación de los derechos reconoce que la fuente ideológica y filosófica del Estado Liberal de Derecho se encuentra en el ius naturalismo racionalista y que es el fundamento filosófico de las formulaciones de los derechos humanos como derechos naturales.

Por tanto, tres elementos caracterizan al Estado Liberal en términos generales: en lo político social, surge una nueva clase social liberal, la burguesía; en lo jurídico, un contrato social que define el ámbito de libertad y legitimidad legalizada del nuevo poder social, la división de poderes, el sometimiento de dichos poderes públicos y de los individuos al imperio de la ley, y el reconocimiento positivado de los derechos subjetivos individuales en las Constituciones y declaraciones de derechos; en lo axiológico valorativo, el principio de dignidad humana, la vida, la libertad, la propiedad privada, y la igualdad ante la ley, serán los nuevos paradigmas y objetivos por el cual lucharán las nuevas generaciones.

La negación de estos derechos a grandes márgenes sociales y la contradicción e ineficacia de los principios y valores liberales conducirán a la crisis de este modelo. Las luchas de las nuevas clases sociales frente al posicionamiento burgués de los postulados liberales, llevarán el germen del nuevo modelo de Estado como es el Estado de bienestar social.

#### **II.3.1.4 Crisis del modelo**

El modelo de Estado liberal de Derecho entró en crisis, paradójicamente, por no cumplir con los principios y valores que el sistema procuraba realizar<sup>188</sup>. Esto se debió a varios factores que redundan fundamentalmente en el aspecto democratizador y democrático

---

<sup>188</sup> Entre la libertad, la igualdad, y la propiedad, Lasky comenta: “Quiso reivindicar el derecho del individuo a labrar su propio destino, sin miramiento para ninguna autoridad externa que pretendiere limitar sus posibilidades; pero se encontró con que tal propósito llevaba consigo un desafío implícito de la comunidad a la soberanía del individuo. Buscó salida contra todas las trabas que la ley impone al derecho de acumular la propiedad, y tropezó con que este derecho llevaba en el seno, como agente autodestructor, el fomento de toda una clase proletaria. Y comenta más adelante: “El liberalismo ... siempre ha rehusado ver cuán poco significado existe en la libertad de contrato cuando está divorciada de la igualdad en la fuerza de negociación. Harold J. Lasky, *El liberalismo Europeo*. Op.cit. p.p. 13 –14 y p. 220.

que debiera concretarse para el logro de los fines y objetivos pretendidos<sup>189</sup>. Uno de los factores que influyó en la crisis del Estado Liberal de Derecho fue que el sistema se construyó sobre la base de la exclusión de la participación política y de los beneficios de la economía a gran parte de la sociedad. Las decisiones políticas se centraron en aquellos grupos sociales que contaban con determinadas rentas, justificando dicho hecho en que las decisiones de gobierno sólo deben estar reservadas a aquellos que contribuyen a la riqueza de la nación<sup>190</sup>. Este aspecto será determinante en el futuro del Estado Social de Derecho, cuando una nueva clase social como será la de los trabajadores lucharán por la participación en las decisiones de la nación y conquistarán para sí nuevos derechos.

Estas luchas sociales se dan en un contexto en el cual la igualdad entre los hombres o la soberanía nacional han quedado desvirtuados en la realidad, ya que esos criterios económicos habían imposibilitado la participación política de la mayor parte de los ciudadanos del estado.

Siguiendo la lógica de la historia, es en este momento en el que se incorporan al estado liberal de derecho, el sufragio universal, desterrando el sufragio censatario. Las crisis económicas de los años 1830 y 1840 supondrán una importante movilización popular y la incorporación de las clases trabajadoras a la actividad política<sup>191</sup>.

Otro factor que influyó en la crisis del estado liberal de derecho, fue la contradicción interna del mismo sistema, no de sus postulados en sí. En el fondo es una crisis de su propia identidad, es decir, de la ley y del derecho. Aunque ya se dijo que en el trasfondo de la crisis se encuentran como causas factores económicos y políticos, también existe un trasfondo jurídico, como es la crisis de la ley y el derecho.

---

<sup>189</sup> La sociedad con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, son el punto central para la comprensión del Estado de Derecho, pues éste es concebido como un instrumento de garantía de los derechos. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Op.cit. p. 23

<sup>190</sup> Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1995, p. 18 – 21. Y Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Sexta Edición, Madrid, 1999, p. 223.

<sup>191</sup> Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Op.cit. p. 18 – 21.



Según Antonio Manuel Peña Freire, esta crisis se da por dos factores, los cuales darán paso al nuevo concepto de Estado Social de Derecho. El primer factor es que el Estado Liberal o legal “no logra asumir los cometidos y funciones propias de la forma jurídico – política Estado de Derecho”...”el poder no tiene sentido si no es subordinado a la centralidad de la persona y de la sociedad y que no tiene otra función última sino la garantía de derechos e intereses de los individuos”.

El segundo factor –dirá Peña Freire- de la crisis de la ley y del estado liberal o legal de derecho será, “la constatación del carácter conflictivo de realidad social y de la no neutralidad del derecho respecto de los conflictos sociales. Es decir, se toma conciencia de que lejos de formar parte de un ámbito separado de lo real, la ley es parte del conflicto social y que lejos de ser expresión pura de la voluntad general, la ley es producida por una mayoría contingente, interesada y dispersa. La ley deja de ser garantía frente al Estado y se convierte en expediente de legitimación del poder político y en expresión de la voluntad estatal, pues en lugar de constituir una garantía contra el arbitrio, pasa a ser instrumento para el ejercicio eficaz del poder”<sup>192</sup>. Es decir, todo Estado de Derecho tiene como base axiológica a la persona humana sobre el poder, no la persona humana al servicio del poder, sino, el poder al servicio de la persona humana. La utilización de la legalidad al servicio del poder hace que pierda su principio inicial, de ser un instrumento de consenso social y al servicio del soberano (el pueblo), para convertirse en un instrumento de poder al servicio del poder mismo (en este caso la burguesía).

Se puede afirmar y concluir que los factores que influyen en el decaimiento de este tipo de Estado Liberal de Derecho, viene a ser la inconsecuente construcción de un verdadero Estado de Derecho. El sistema debería haber estado diseñado tomando en cuenta los principios que giran alrededor de la persona humana, siendo la persona humana la razón de ser de la organización social y estatal. En este sentido la ley y el derecho deberían servir para garantizar la dignidad y la realización del ser humano como individuo y como persona, de sus derechos humanos y de las libertades fundamentales a ellos pertenecientes. Pero la falta de participación de las mayorías sociales en la vida política, y la desigualdad de tratamiento económico y social traerá como consecuencia una real

---

<sup>192</sup> Antonio Manuel Peña Freire, en “*La garantía en el Estado constitucional de derecho*”, editorial Trotta, Madrid, 1997, p.p. 54 – 55.

contradicción entre postulados y realidad, la cual adviene en la crisis del sistema. En este sentido la estructura económica y social no estaba diseñada para atender a aquellos nuevos grupos sociales emergentes tanto en sus necesidades como en sus intereses.

Por otro lado, la falta de verdaderos controles del poder como es la sumisión de los poderes y de los individuos a la ley que son traducidos como factores de tipo jurídico, en el que la ley pierde su valor frente al conflicto y forma parte del conflicto, hacen que el sistema entre en crisis. La ley al tener una posición a favor del poder (grupo social concreto) que excluye a la mayoría, en un conflicto concreto, hacen que el sistema no funcione como tal y pierde su valor frente a las necesidades reales de la población<sup>193</sup>. Elías Díaz al respecto opina que “son dos los puntos del liberalismo que precisan someterse a una mayor crítica y revisión: el individualismo y el abstencionismo estatal. Frente a ello lo que se propugna es un Estado Social de Derecho decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado dotado, se repite, de un ejecutivo fuerte.”<sup>194</sup> Efectivamente, estos factores de crisis dan paso a una nueva forma de Estado de Derecho, el nuevo Estado Social de Derecho. No es la sustitución del Estado Liberal de Derecho, sino que los postulados, principios y valores del Estado Liberal se complementan con el aspecto social que las necesidades externas y naturales de la realidad exigieron en su momento histórico al Estado Liberal.

A continuación se pasará a estudiar cuales son los elementos que van a caracterizar al Estado Social de Derecho, insistiendo que no es más que la forma social del Estado Liberal de Derecho, pero que exigirá del Estado un replanteamiento a su “no hacer” para

---

<sup>193</sup> Esta idea es sistematizada por Luigi Ferrajoli de la siguiente forma: “la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado” ... “el punto de vista externo es el de abajo o *ex parte populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o *ex parte principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra –o meta- o pre-jurídicos <<fundamentantes>>, o sea, los intereses y las necesidades <<naturales>> -individuales y colectivas- cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas <<artificiales>> que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del derecho y del estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. P. 853 – 854.

<sup>194</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Op. cit. p. 103



convertirse en Estado activo o positivo en el sentido de “hacer” en cuanto a la satisfacción de los derechos fundamentales.

### II.3.2 El Estado Social de Derecho

No es novedosa la afirmación de que la definición de Estado Social de Derecho como la de Estado de Derecho es ambigua y compleja. Con lo cual no se está diciendo algo tan creativo como sí descriptivo de una realidad conceptual en la que se ha polemizado tanto a tal grado de que aún no existe un fin conceptual al problema. Más bien el discurso se decanta a su mayor profundización cuando la realidad histórica<sup>195</sup> ha demostrado que frente a las pretensiones de éste modelo de Estado, se hace necesario un replanteamiento que responda a contextos y realidades, no solo temporales, sino espaciales, tomando en cuenta la historia de los pueblos. Por esa razón, es que en esta investigación se pretenderá en la parte que ahora toca, describir algunas posturas respecto al concepto de Estado Social de Derecho y su relación con el concepto de Estado de Derecho. No es un objetivo del estudio darle solución exegética al problema señalado, sino determinar básicamente lo que se va a entender por Estado Social de Derecho como un concepto que se relaciona con el concepto de Estado de Derecho. Lo dicho es consecuente con el objetivo de este capítulo que es la definición del concepto de Estado de Derecho como marco teórico conceptual para el análisis de la situación de El Salvador en su transición hacia la Democracia.

---

<sup>195</sup> Por ejemplo, en la actualidad los planes de ajuste estructural de muchas de las economías del tercer mundo pretenden ser neoliberales aún cuando muchos de éstos Estados no pueden caracterizarse como Estados democráticos. El Estado Liberal de Derecho se caracteriza, entre otras cosas, por ser un Estado que garantiza los derechos subjetivos de los ciudadanos, además de ser un Estado que para el logro de éste fin, su actuar es negativo para permitir el ejercicio de las libertades individuales. Por las crisis de éste tipo de Estado de Derecho que van vinculadas a fenómenos económicos sociales y jurídicos, es que surge posteriormente el Estado Social denominado también Estado de Bienestar. Debido a los problemas en el desarrollo del Estado Social de Derecho, los cuales se apuntarán más adelante, surgen las propuestas neoliberales con el fin de superar los problemas que plantea el Estado Social. Uno de los problemas es la confusión existente entre los neoliberales y los socialistas, sobre los derechos de libertad e igualdad, los cuales, según estas posturas son excluyentes. Esta confusión plantea premisas falsas y conclusiones falsas. Es por eso que ahora es necesario replantear el concepto de Estado Social de Derecho como una opción a un determinado tipo de Estado, frente a la opción neoliberal, que como se comprobará no responde a las exigencias materiales de los pueblos, sobre todo cuando se dan en contextos no democráticos. Con respecto a estos señalamientos se desarrollarán más adelante en el presente estudio.

Además, esta limitación de conceptos es necesaria y útil en todo estudio científico para evitar la indeterminación y la divagación sobre categorías y modelos, que, como se ha dicho son difusos, diversos y complejos.

### **II.3.2.1 Del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho**

Los conflictos de clase y las crisis jurídicas y políticas que se manifestaron en la crisis del Estado Liberal de Derecho, unidas al surgimiento del movimiento obrero Europeo fueron las causas por las que se inspira el Estado Social de Derecho. La lucha de la nueva clase trabajadora por construir una plataforma que reconociera sus intereses y valores, hizo que la estructura y definición del Estado Liberal de Derecho recondujera sus planteamientos hacia una visión social del Estado y del Derecho<sup>196</sup>.

En este contexto pueden determinarse básicamente dos fuentes que dan paso a la lucha por el cambio del modelo liberal. Una doctrinaria que tiene su fundamento en las teorías de Louis Blanc y Ferdinand Lassalle y en el marxismo; la otra fuente es la fáctica que parte de la organización del movimiento obrero o clase trabajadora y de los partidos Socialdemócratas. Las doctrinarias influyen decididamente en el pensamiento ideológico de los movimientos obreros y socialdemócratas.

La propuesta doctrinaria "lassalleana" pretendía una "organización democrática del Estado nacional que aceptara reformas concretas como el sufragio universal, la milicia popular, la educación obligatoria o la restricción del trabajo de mujeres y niños y, en un plano más general, tendiera a un reparto igualitario del poder político, social y económico, en suma, frente a una posición reformista y volcada sobre todo en la acción en el Estado."<sup>197</sup>

En cambio desde el marxismo —explica el profesor Angel Garrorena Morales— se plantea que la manifestación objetiva de las contradicciones del capitalismo burgués (la lucha de

---

<sup>196</sup> Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*, Apéndice *El Socialismo Español* por José Luis Ramos, traducido por Miguel Izquierdo Ramon, Edhasa, Barcelona, 2001, p.p. 29 – 51.

<sup>197</sup> Alfonso Ruiz Miguel, *La socialDemocracia*. En (et.al) *Historia de la Teoría Política*, Compilación de Fernando Vallespín, Tomo 4, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 214.

clases) son las que llevan internamente el impulso dialéctico de la desaparición del Estado y del Derecho. En cambio la posición ideológica lassalleana lo que plantea es que el logro por el establecimiento de un Estado Social se conquista dentro de la dinámica del Estado.<sup>198</sup>

El marxismo lo plantea frente al Estado, posición que puede denominarse “antiestatista”, procurando la desaparición del Estado y el establecimiento de la clase proletaria en sustitución de ese Estado para conducir la dinámica de la historia. En cambio los lassalleanos basan su planteamiento en la idea Hegeliana de que el Estado es el único vehículo a través del cual la sociedad puede cumplir el desarrollo racional de sus tensiones históricas y, en consecuencia, de esta tensión implicada en las emergentes reivindicaciones de la clase obrera; el Estado es el instrumento de transformación social por excelencia<sup>199</sup>.

Todo este dilema ideológico es ubicado dentro de la izquierda para dar respuesta a las necesidades y exigencias históricas de las nuevas clases sociales que van impulsando los cambios y transformaciones que se necesitaban en términos de derechos y de Estado. Dicho con otras palabras, la transformación social desde el Estado o frente al Estado ha sido la discusión, entre otras, de la izquierda para superar los problemas y las crisis venidas del Estado liberal de Derecho<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> Carlos Marx desde su juventud escribía sus críticas respecto a la filosofía del Estado de Hegel. Estas aparecen en su obra denominada “Crítica de la filosofía del Estado de Hegel”, en ella expresa su desacuerdo con la visión idealista del Estado de Hegel, lo que sirvió de base para construir su propuesta dentro del materialismo histórico, la lucha de clases y el advenimiento del proletariado como fuerza impulsora de la historia. Otra obra en la que Marx manifiesta su diferente visión respecto al objeto frente al cual debe de realizarse la lucha revolucionaria es en la “Crítica del programa de Gotha” en el año de 1875, en la que se critican los contenidos de la propuesta Lasselleana integrados en dicho programa; el objeto de ésta obra fue la de establecer las diferencias y marcar distancia con respecto a las propuestas socialdemócratas de Louis Blanc y Ferdinand Lassalle, y por supuesto de la política desarrollada por Bismarck en el Estado Prusiano. Ver al respecto los comentarios de Angel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p.p. 29 – 35.

<sup>199</sup> Jacques Droz, *La formación de la unidad alemana, 1789 – 1871*, Barcelona, 1973, p.p. 275 – 276.

<sup>200</sup> Antonio Enrique Pérez Luño dice al respecto que “el Estado social de Derecho tuvo un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la ideología inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constitución de Weimar; de otro, es fruto también de pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro”. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Sexta Edición, Madrid, 1999, p.p. 223 – 224.

Al respecto de lo anterior comenta el profesor Garrorena Morales: “No toda la tradición socialista preludia, pues, la aceptación instrumental del Estado como <<Estado social>>: <<estatismo>> y <<antiestatismo>>, aproximación de la socialDemocracia a la institución estatal y ortodoxia marxista partidaria de la extinción del Estado, son, más bien, dos actitudes, dos líneas paralelas dentro del pensamiento político de la izquierda, que se prolongan hasta nosotros y que, en su contraposición, rebajan la intensidad del respaldo socialista a la calificación que analizamos”<sup>201</sup>.

El nuevo partido Socialdemócrata intentó aunar “la inspiración lassalleana y la marxista formulando un programa, el de Gotha, de que se conoce mucho más la crítica que el propio Marx formuló entonces como carta”<sup>202</sup>. Fue en la crítica al programa de Gotha que “se puede ver el germen de la gran cuestión teórico-política que terminaría brotando en forma duradera ambivalencia del movimiento socialista alemán y, bajo su influencia, del europeo en general: la concepción del Estado y del propio socialismo.”

Esta tensión entre el lassalleanismo y el marxismo se resolvió a favor del segundo en la doctrina oficial del movimiento obrero europeo en el que “se pudo mantener viva no sólo por la natural flexibilidad de las posiciones políticas prácticas del movimiento, sino también por la propia ductilidad y vaguedad de la concepción marxista que formalmente mantuvieron sus dirigentes y teóricos”<sup>203</sup>.

Hay que diferenciar, nos dice Donald Sassoon, entre el marxismo de Marx y el marxismo que se ha interpretado de los escritos y pensamientos de Marx. El movimiento obrero y de trabajadores y los partidos socialdemócratas se alimentaron ideológicamente de las interpretaciones que se hicieron del marxismo. A este tipo de marxismo los historiadores y

---

<sup>201</sup> Angel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Op. cit. p. 36.

<sup>202</sup> Dicho programa fue elaborado por Louis Blanc y Ferdinand Lassalle con la idea de aunar su propuesta con la de Marx. A raíz de éste programa la fuerte crítica de Marx. Alfonso Ruíz Miguel, *La socialDemocracia*. Op.cit. p.p. 231 – 214.

<sup>203</sup> Alfonso Ruíz Miguel, *La socialDemocracia*. Op.cit. p.p. 214, 215 – 231.

analistas lo han denominado marxismo “vulgarizado” o el llamado “marxismo de la Segunda Internacional.”<sup>204</sup>

Los teóricos del momento que vulgarizaron el marxismo –utilizando la concepción de Sassoon– permitió que éste tuviese acogida en estos movimientos. Así el marxismo de Marx convivió con posiciones revisionistas como la de Kautsky y declaradamente reformistas como la de Bernstein, como con posiciones revolucionarias como la de Rosa Luxemburgo.

Es así como la ideología marxista llegó a tener supremacía dentro del movimiento obrero debido a la “acción política clarividente de los activistas socialistas” y la vulgarización del lenguaje marxista. En el lenguaje de hoy, “podríamos decir que la gran intuición de los primeros activistas socialistas fue la identificación de un <<nuevo sujeto político>> con aspiraciones potenciales definidas, capaz de producir una serie coherente de exigencias políticas tanto a largo como a corto plazo”<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> “El movimiento obrero, que intenta independizarse de las formaciones políticas burguesas, está ya en pleno ascenso cuando, a raíz de un viaje de algunos obreros franceses a Londres, se crea en esa ciudad, en 1864, la Primera Internacional... En esa época tres figuras dominan el socialismo europeo. Karl Marx, que había redactado los estatutos y el mensaje inaugural de la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT), acaba la redacción del tomo I de *El Capital*... En la Europa occidental es decisiva la influencia de Proudhon, que muere en 1865: todavía muy cercano al mundo artesanal, Proudhon condenó la propiedad como fuente de renta del trabajo... Sus rasgos dominantes residen en la pasión del individualismo, en su combate contra el absolutismo y la arbitrariedad, en virtud de un realismo justiciero, en su ligazón al Principio Federativo (1863) y al sistema <<libertario>>, por tanto a una <<anarquía>> positiva que sería, desde su punto de vista, el triunfo de lo económico sobre lo político... El antagonismo Proudhon – Marx, que data de 1847, parece, a principios de los años sesenta, dominar aún el movimiento socialista. Pero Bakunin no tarda en imponer su poderosa personalidad... se identificó con el anarquismo por un giro de pensamiento que debe mucho a Hegel, Feuerbach y Stirner. ... Pero su anarquismo se distingue a su vez del de Proudhon en que no retrocede ante el terrorismo como medio de acción política”. “La importancia capital de la Internacional en la historia del socialismo ha sido conferir al movimiento obrero una amplitud sin precedentes, revelándole la necesidad de la lucha de clases y de la solidaridad internacional.” Jacques Droz (director), *Historia general del socialismo*, traducción de Elvira Méndez, Prólogo revisión y adaptación de Manuel Sacristán, Ediciones Destino, Barcelona, 1984. Sobre la Segunda Internacional y la vulgarización del Marxismo es la que llamó más la atención a los líderes del movimiento obrero y de los activistas que les siguieron. Otto Bauer ilustró de manera algo “cándida la necesidad” de adaptar el Marxismo de Marx con las siguientes palabras: “La historia de las ciencias naturales y la de la filosofía aportaron numerosos ejemplos que muestran que la vulgarización y la simplificación de una nueva doctrina no son más que un estadio de su victorioso avance, de su ascensión hacia la aceptación general” Véase Otto Bauer, *Die Geschichte eines Buches*, Neue Zeit, 1908, y Citado por Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. p. 29. La versión popular de la nueva doctrina se difundió de los trabajos de Kautsky y Bebel, que tuvieron una lectura y distribución más extensas que las propias obras de Marx.

<sup>205</sup> Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. Op. cit. p. 29

El marxismo tuvo así su apogeo y su expansión cuando fundamenta la doctrina e ideología del Partido Socialdemócrata Alemán (SPD). La participación política de miembros del movimiento obrero y de trabajadores, permitió que al llegar al poder político se hiciesen los cambios necesarios para beneficio de la clase social que representaban<sup>206</sup>. Para Donald Sassoon la política desarrollada por el movimiento de los trabajadores estaba fundada en el socialismo, pero que "Incluso sin socialismo, habría existido un movimiento obrero organizado tanto dentro como fuera de Europa"<sup>207</sup>.

El matiz ideológico tenía diferentes ramificaciones con respecto a la interpretación de las tesis marxista con respecto al trabajo y la lucha por el socialismo. Pero de estas diferentes interpretaciones es que el fenómeno socialista dio pie al surgimiento del Estado Social de

---

<sup>206</sup> Uno de los dilemas del movimiento obrero era la decisión de utilizar los mecanismos democráticos del sistema burgués o no. La opción tomada al interior de estos movimientos fue la de participar en la política. Uno de los logros de la lucha de los trabajadores había sido la introducción del voto universal, por lo que la participación en la política podía ser real. Adam Przeworski dice que "Aquellos que se hicieron socialistas fueron los que decidieron utilizar los derechos políticos de los trabajadores en las sociedades donde los trabajadores los habían logrado, o lucharon por ellos en las que aún no habían sido alcanzados". Adam Przeworski, *Capitalismo y socialDemocracia*, Versión española de Consuelo Vázquez de Parga, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 19. No obstante la incorporación de partidos socialistas en las contiendas políticas fue al menos ambivalente, debido a la desconfianza que generaba la burguesía al movimiento socialista en lo que se refiere al respeto de la decisión mayoritaria en unas elecciones de abolir sus privilegios. El uso de los mecanismos democráticos conllevaba la posibilidad de que los socialistas llegaran al poder por esa vía, lo cual legitimaba su poder utilizando los mecanismos que la misma burguesía había creado. Por esas razones los socialistas eran ambivalentes, ya que unos consideraban que se debía llegar al poder por otros medios (revolución armada) y otros utilizando los mecanismos democráticos. Frente a esto la posición de los socialistas fue cauta y la decisión de participar en "Las elecciones habían de utilizarse tan sólo como un foro ya organizado para la organización, la agitación y la propaganda. La postura típica queda perfectamente ilustrada con esta moción de 1889: <<Dado que el Partido Socialdemócrata de los Trabajadores de Suecia es un partido de propaganda, es decir, [considera] que su principal objetivo es la divulgación de información sobre la socialdemocracia, y dado que la participación en las elecciones es un buen vehículo de agitación, el Congreso recomienda la participación>>. Hervert Tingsten, *The Swedish Social Democrats*, Totowa, Bedminster Press, 1973, p. 357. Citado por Adam Przeworski, *Capitalismo y socialDemocracia*, Versión española de Consuelo Vázquez de Parga, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 20. "En 1895, Engels felicitó al SPD por el modo inteligente en que se había servido del sufragio universal masculino (<<Una nueva arma, y una de las más eficaces>>), que originó un aumento notable del voto socialdemócrata. <<Han utilizado el derecho a voto de un modo que les ha recompensado infinitamente y ha servido de modelo de los trabajadores de todos los países..>><<La ironía de la historia del mundo lo vuelve todo cabeza abajo>>, añadió el viejo amigo de Marx. <<Nosotros los "revolucionarios", los "rebeldes", estamos prosperando mucho más con el empleo de métodos legales que con los ilegales o la revuelta. Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. p. 33, y Friederich Engels, *Introducción a Marx, Class Struggles in France 1848 - 1850*, International Publishers, Nueva York, 1964, p.p. 19, 20 y 27.

<sup>207</sup> Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. Op.cit. p. 29.



Derecho o Estado de bienestar social a través de los movimientos de trabajadores y la SocialDemocracia<sup>208</sup>.

Obviamente el marxismo al influir el pensamiento de la SocialDemocracia no lo hace de manera pura, es decir, aquí intervienen estas diferentes interpretaciones del marxismo, como también puntos de vista particulares de cómo debe ser la lucha de los trabajadores frente al capitalismo. No es extraño pensar que dentro del mismo movimiento hubiese diferentes posturas sobre los objetivos a alcanzar y sobre los métodos a utilizar<sup>209</sup>. Las explicaciones son variadas y fundamentadas, puesto que la visión que se tendría sobre el establecimiento del socialismo como un logro inmediato o a largo plazo podía marcar la diferencia. Algunos otros se conformaban con haber logrado instaurar el voto universal para los hombres, lo cual era un gran logro. Para otros, su posición era que el marxismo y el socialismo no tenían –en ese momento- razón de ser por los logros alcanzados. Ambos fenómenos obviamente coinciden con el surgimiento del Estado Social de Derecho o Estado de bienestar social en la forma que lo ha descrito el profesor Donald Sassoon y que se ha resumido anteriormente.

Lo que en concreto se puede decir es que la búsqueda de ese modelo de Estado pretendía poner unas condiciones que permitieran darle vigencia al sistema de valores y libertades establecidas por el Estado liberal. El objetivo era claro, superar el desfase entre principios liberales y realidad, que redundaba en la falta de coherencia del sistema al poner énfasis en la legalidad del Estado y del poder, dejando de lado los valores que giran

---

<sup>208</sup>El profesor Donald Sassoon ha mostrado desde su amplio estudio *Cien años del Socialismo* cómo la doctrina marxista llegó a ser la ideología que fundamentaba el movimiento obrero y de trabajadores, y a la vez de los partidos Socialdemócratas, al menos desde un marxismo vulgarizado o que nace de la Segunda Internacional.

<sup>209</sup> Por ejemplo dentro del movimiento socialista laboral ruso existían las siguientes posiciones: 1—Una posición intransigente que negaba que los cambios en curso sobre las estructuras sociales y económicas dictaran un cambio en la estrategia elegida. Se trataba del fundamentalismo de los populistas y sus sucesores. 2- Una posición, la de los renovadores, que comprendía la naturaleza cambiante del sistema socioeconómico y se daba cuenta de que la estrategia iba a tener que adaptarse a esos cambios; pero que, al mismo tiempo, pretendía preservar la visibilidad del objetivo final del movimiento: el socialismo. Era la postura de Lenin y los bolcheviques. 3- Una posición pragmática que compartía con los renovadores la comprensión de la naturaleza de las transformaciones en curso, pero que deducía de las mismas tal lejanía respecto del <<objetivo final>> del movimiento que cualquier tentativa por mantener un vínculo estratégico entre las tareas inmediatas y el objetivo final sería desastroso para el propio movimiento. Era la posición sostenida por los mencheviques. Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. Op.cit. p. 47.

alrededor de la dignidad humana y de los límites que el derecho debe imponer al poder para que esa idea de dignidad humana sea eficaz.

Esa búsqueda lleva, como diría Antonio Enrique Pérez Luño, a la “Superación del agnosticismo axiológico y del formalismo positivista al imponer al Estado la realización de determinados fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia”<sup>210</sup>.

Entre todas estas ideas es importante reiterar que las mismas se dan en contextos históricos bien precisos en donde la lucha por el poder del Estado, que se caracterizaba por el pluralismo ideológico traducido en términos de intereses y valores de los diferentes grupos que participaban de esas luchas, van a ser los protagonistas de la positivación de sus intereses y valores en normas jurídicas. Esta positivación en el derecho, buscaba garantizar los derechos de las nuevas clases sociales, mediante la conservación de los intereses de la burguesía y la incorporación de elementos y factores sociales que garantizaran un bienestar entre las clases trabajadoras y obreras. Por tanto, los factores políticos son decisivos a la hora de comprender los cambios y el desarrollo dentro de los Estados.

La profesora María Josefa Rubio Lara al respecto manifiesta que “La influencia directa o indirecta de las organizaciones de los trabajadores fue más decisiva que otros factores en los antecedentes remotos y próximos del Estado de bienestar ... Los Estudios empíricos demuestran que los programas sociales se impulsaron sobre todo en aquellos países en los que estas organizaciones participaron en el gobierno u obtuvieron mejores resultados electorales. En este contexto histórico las circunstancias sociopolíticas hicieron imprescindible el compromiso entre los intereses del capital y del trabajo para lograr la estabilidad política”<sup>211</sup>. Un ejemplo de esto lo constituyen “El recuerdo de la legislación

---

<sup>210</sup> Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. Op.cit. p. 224.

<sup>211</sup> María Josefa Rubio Lara, *Los fundamentos políticos del Estado de bienestar*, en Sistema, núm. 109, Madrid, Marzo, 1984, p. 74. Al respecto, el profesor Ramón García Cotarelo opina que el Estado se presentase al igual que Jano con dos caras, ya que para realizar sus funciones de bienestar se muestra como un Estado del bienestar patrono (capitalista) y, por otra parte, como un Estado del bienestar obrero (asistencial). Ramón García Cotarelo, *Del Estado del Bienestar al Estado del malestar (las crisis del Estado social y el problema de legitimidad)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 203.

social de la época de Bismarck<sup>212</sup>, o la política social realizada en la mayor parte de los países europeos en el período de entreguerras, o el *NW Del* en Estados Unidos valen de muestra<sup>213</sup>.

Los factores sociales y las razones históricas son fundamentales para conocer las causas de la consolidación del Estado de bienestar social en el siglo XX<sup>214</sup>. Es importante darse cuenta que esa legitimidad legalizada, tal como sucedió con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, mantuvieron el status quo de la clase burguesa mediante la incorporación de elementos sociales traducidos en beneficios económicos que las clases trabajadoras exigían para sí. Dicha voluntad política de transformaciones en beneficio social se encontraría alentada –dirá María Josefa Rubio Lara– por el deseo de evitar conflictos sociales, el cual fue un factor esencial que impulsó la expansión del Estado de bienestar<sup>215</sup>. Conflictos sociales que podrían traer como consecuencia un cambio radical en las estructuras del sistema capitalista, es decir, un cambio por otro sistema, el caso sería y como fue el del socialismo soviético. Más aún, desde una posición crítica y sin lugar a dudas de que su intención va en defensa del Estado Social de Derecho, el profesor Angel Garrorena Morales hace la siguiente valoración sobre esta idea: “la verdadera causa que ha provocado el que la significación del Estado como <<social>> quede devaluada, hay que buscarla en la constante apropiación que del término se ha venido haciendo desde posiciones reformistas y, en consecuencia, inequívocamente conservadoras”<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> “La difusión del marxismo en el SPD fue, en parte, una respuesta a la legislación antisocialista de Bismarck (1878), a la vez que su <<adopción>> oficial ocurrió inmediatamente después de que el Reich se hubiera visto más o menos forzado a replegarse en 1890”. Carl E. Schorske, *German Social Democracy 1905 – 1917. The Development of the Great Schism*, Nueva York, John Wiley and Sons, 1965, p.3. Citado por Donald Sassoon, *Cien años de socialismo*. Op.cit. p. 33.

<sup>213</sup> Eusebio Fernández García, *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 107.

<sup>214</sup> Complejización de las relaciones de producción, nuevas tecnologías, cambios sociales importantes como pueden ser las revoluciones de 1917, y las guerras mundiales, las crisis económicas de los años 30, dichas condiciones hicieron cambiar el modo de llevar a cabo la realización del Estado Social y que su planteamiento incluso se hiciera frente a los diferentes intereses emergentes de la época, como puede ser el socialismo soviético, el neocapitalismo occidental en términos de neofascismo, y a finales de siglo XX y principios del presente siglo XXI, del neoliberalismo. Todo esto hace que se replantee el papel del Estado Social de Derecho.

<sup>215</sup> María Josefa Rubio Lara, *Los fundamentos políticos del Estado de bienestar*. Op. cit. p. 75.

<sup>216</sup> Angel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Op. cit. p. 37.

Los temores de perder los privilegios que el sistema capitalista le permitía tener a la clase burguesa frente a los movimientos sociales de trabajadores y obreros, teniendo a la vista la experiencia bolchevique, aunada a la crisis económica de los años 30', el rapto del concepto social fue hecho por el fascismo y el nacionalsocialismo. Movimientos de derecha cuyo discurso y propuesta estaba envuelta por la fachada de ser movimientos en favor de las clases trabajadoras y de ser una respuesta viable a la crisis del Estado Liberal. Las críticas al Estado Liberal de estos sistemas políticos autoritarios van encaminadas al individualismo y al abstencionismo estatal. Dicha crítica tendría sentido – dirá Elías Díaz- si fuese hecha directamente a la clase que utiliza esos dos mecanismos, social y estatal, para mantener sus privilegios de clase, como sería la clase burguesa, su sistema de producción, es decir, al capitalismo. Pero precisamente la ideología fascista no ataca dicho sistema ni a dicha clase social, pues “Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar al centro de esos mecanismos, que no es otro que ese capitalismo y esa burguesía”<sup>217</sup>. Ejemplos de este sistema han sido el fascismo italiano bajo la dirección de Benito Mussolini y el Nacional Socialismo Alemán bajo la dirección de Adolfo Hitler, y otros ejemplos que podrían mencionarse como el de Francisco Franco en España.

Estos regímenes autoritarios fascistas<sup>218</sup> se convirtieron en la contradicción del mismo sistema liberal, puesto que reunieron “todos los males de fondo del liberalismo (por ejemplo, la explotación capitalista) sin poseer ninguna de sus ventajas (por ejemplo, la pretensión personalista)”<sup>219</sup>, y los mismos capitalistas, muchos de ellos se vieron afectados por estos regímenes.

Por lo tanto, la superación de la crisis del Estado Liberal debía ser resuelto sobre la base de los mecanismos democráticos bajo la participación universal y el pluralismo político. Es precisamente en este marco de pluralismo y Democracia que después de la segunda guerra mundial logra, el Estado de bienestar social, su realización. El planteamiento del

---

<sup>217</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Op. cit. p. 57 y 58.

<sup>218</sup> Sobre este punto véase el capítulo I de la presente investigación en el numeral 1.5 Cultura política democrática, p.p. 51 – 55.

<sup>219</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Op. cit. p. 101

Estado de bienestar social había comenzado con la Constitución de Weimar, pasando por la crisis económica de 1929 y de los años 30', y el New Deal Norteamericano, es que logra tener vigencia en los países desarrollados del occidente del mundo<sup>220</sup>.

### **II.3.2.2 Caracterización del El Estado Social de Derecho**

Aunque se ha dicho en términos generales cuales son las causas sociales e ideológicas del surgimiento del Estado Social de Derecho, es necesario ahora establecer algunas de sus notas características.

El Estado Social de Derecho no es el cambio de un sistema económico y político por otro, no es la sustitución del capitalismo liberal burgués por el socialismo. El Estado Social de Derecho es un Estado que acciona su aparato estatal en procura de la igualdad social, lo que conlleva, no una eventual actividad por parte de éste, sino al mismo tiempo regula el ejercicio de la autodeterminación y la voluntad individual, que son los pilares básicos del Estado Liberal en beneficio de la sociedad en general y de los individuos en particular. En otros términos, el Estado Social de Derecho permite por un lado la realización de la libertad pero regulando la libertad en procura de la igualdad social entre los individuos.

Dos son los principios que se unen en el Estado Social de Derecho: por un lado la Libertad y por otro la Igualdad. En términos de Derechos, son la libertad y la igualdad los valores y principios que informan a los ordenamientos jurídicos para que sean reconocidos y desarrollados en términos jurídicos. Con esta estructura jurídica, valorativa y principialista, es que la idea de dignidad humana debe dejar de ser una buena intención para que mínimamente se realice en términos materiales.

Manuel García Pelayo nombra al Estado Social de Derecho como Estado social democrático y libre, explicando que si los valores básicos del Estado democrático – liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio, en el

---

<sup>220</sup> Pablo Lucas Verdú, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmantecina, 1955, p. 68.

Estado Social de Derecho “no sólo no niega estos derechos, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro”.

En ese sentido el Estado ha de organizarse y estructurarse de manera que responda a las exigencias sociales e individuales y esa forma será la del Estado Social de Derecho. El papel que jugará esta forma de Estado de Derecho será la de ser el gestor del bienestar social a través de su actividad en los ámbitos económicos, sociales y jurídicos. Por ejemplo, en términos de justicia social, este tipo de Estado sustenta su actividad en la justicia distributiva. Si el Estado tradicional –dirá Manuel García Pelayo– asignaba derechos sin mención de contenido (justicia conmutativa), el Estado social distribuye bienes jurídicos de contenido material (justicia distributiva); mientras aquel era un Estado legislador y que buscaba asegurar la justicia legal formal, éste es, un Estado cuyas condiciones han de someterse a las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos leyes, leyes medidas, etc.), su justicia se extiende a la justicia legal material<sup>221</sup>. Esta manera de establecer un Estado cuyo papel será más activo, es lo que los alemanes determinaron como “procura existencial”, concepto acuñado por Ernst Forsthoff<sup>222</sup>, que consiste en que el Estado procura las condiciones necesarias para la existencia humana, en aquellas áreas en que el individuo no puede por si mismo procurarse esas posibilidades de existencia<sup>223</sup>. Dicho más ampliamente, se trata de que el

---

<sup>221</sup> Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1995, p. 26. – 27.

<sup>222</sup> Hay que acotar, que para tener mejor idea del Estado Social de Derecho y su papel se ha tomado en cuenta el concepto de la procura existencial de Forsthoff, con ello no se quiere decir que se esté de acuerdo en esta investigación con la idea de Forsthoff de que el Estado de Derecho es una cosa y el Estado Social de Derecho es otra y por lo tanto en el plano Constitucional son incompatibles; es necesario matizar para que no se confunda éste pensamiento con la postura que se adopta en esta investigación, ya que el Estado Social –para Forsthoff– no entra como categoría técnico jurídica, ya que dicho concepto es propio para la administración, “no es un concepto jurídico en el sentido de que designe una categoría especial de Estado de Derecho, con características específicas y contenido material propio”. La postura en este estudio, como se podrá comprobar en el desarrollo de la misma, se resume en que el Estado Social es una forma de Estado de Derecho en que el Estado Social de Derecho ha supuesto además la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado liberal de Derecho, teoría propia diseñada y elaborada por Hermann Heller. Ver al respecto Ernest Forsthoff, *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*, en *El Estado Social*, traducción de José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 80 y 97; Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op.cit. p. 224 – 225; Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Op. cit. p.27; Eusebio Fernández García, *Filosofía Política y Derecho*. Op.cit. p. 112.

<sup>223</sup> Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Op.cit. p. 27 – 28.

individuo no se vea disminuido en su libertad por la acción del Estado, ni que por la falta de esta acción, los individuos se vean limitados en su existencia debido a que carecen de los elementos materiales que le posibiliten su autodeterminación. Los valores fundamentales para el hombre son la libertad y la autodeterminación individual, el Estado debe, por un lado, evitar hacer actos que limiten su libertad y autodeterminación, pero por otro lado, debe actuar para posibilitar y procurar su existencia. Lo anterior se logra partiendo del reconocimiento de esos valores hasta la realización en la vida práctica de las condiciones materiales que permitan el pleno desarrollo de los hombres, aportándoles aquello que su individualidad no es posible que se los provea. El profesor Antonio Enrique Pérez Luño lo sintetiza de la siguiente manera: “ responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino, también, a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural.

Frente al Estado Social de Derecho se pueden advertir dos posturas: 1º La de la escuela de Carl Schmitt y su discípulo Ernst Forsthoff, quienes proponen trazar una separación tajante entre la Constitución como forma jurídica del Estado y el funcionamiento político del poder. Por lo que el Estado Social de Derecho, para ellos, sólo podría a lo sumo representar “un cauce jurídico para reglamentar el intervencionismo estatal exigido por las nuevas necesidades económicas y tecnológicas. Es un mero programa de actuación para el legislador y los órganos del Estado. Ernest Forsthoff “indica que una interpretación conforme a la Constitución del principio social del *Grundgesetz* de Bonn sólo puede atribuirle el carácter de norma programática de por sí inexigible: <<unvollziehbaren Programmsätzen zuerkennen konnte>><sup>224</sup>.

En la discusión actual sobre el Estado Social de bienestar ésta postura cobra relevancia - dirá Eusebio Fernández García- “ya que salva la configuración del Estado como Estado de Derecho, aun dudando de la posibilidad económica o de la deseabilidad de un Estado social o de bienestar en el sentido tradicional”. Aunque no viene al caso en estos momentos es preciso mencionar que lo que propone Eusebio Fernández García es que admitiendo la importante crisis del Estado social y el hecho de que sus problemas más

---

<sup>224</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op.cit. p. 224 y 225

graves y necesarios de solucionar tienen más relación con la economía que con la Ética, el Derecho o la Política, es que se debe *preservar y mantener el Estado de bienestar social, pero corregido y revisado bastante en profundidad*, desde las áreas y la profundidad de la intervención del Estado, y la necesaria selección y establecimiento de prioridades, dirigidas a los destinatarios de las prestaciones y servicios del Estado de bienestar social.<sup>225</sup>

2º La otra postura consiste en que la forma Estado social de derecho, no consiste en que se haya traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y contenidos institucionales del Estado de Derecho. El Estado Social de Derecho ha supuesto además la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado liberal de Derecho. Lo que se adopta es una defensa jurídica institucional de las libertades de signo individual y las exigencias de la justicia social. Teórico de ésta línea es Hermann Heller, que, desde esta perspectiva, los alemanes han propiciado una interpretación sistemática y evolutiva del principio social y el principio democrático reconocido en el art. 20.1 de la *Grundgesetz*, donde se proclama: “ La República Federal es un Estado Democrático y Social”; así como del art. 28.1 que prescribe la necesidad de que el orden constitucional de los *Länder* responda a los principios del Estado “republicano, democrático y social de derecho”, las cuales cifran las notas distintivas del Estado Social de Derecho.

La postura que se adopta para el estudio es ésta última. En este sentido cobra relevancia el contenido que dichos principios juegan en las Constituciones y en la jurisprudencia de los Estados que han adoptado la fórmula Estado Social.

### **II.3.2.3 Constitucionalización de la forma Estado Social de Derecho**

Un factor fundamental en todo el diseño del Estado Social es el papel que desempeña la Constitución económica. La economía juega un papel importante en el sentido de ser uno de los instrumentos por medio del cual se deberá generar la riqueza necesaria con el objeto de que dicha riqueza lleve el bienestar a la mayoría de los ciudadanos,

---

<sup>225</sup> Eusebio Fernández García, *Filosofía Política y Derecho*. Op.cit. p. 113 y 127.



dependiendo de la realidad económica de cada país. La Constitucionalización del modelo Estado Social ha requerido la conjugación del modelo de libertad económica basado en un sistema de economía de mercado que se gestiona y limita por los principios del Estado Social. A esta constitucionalización de elementos económicos en los que se establecen reglas y principios del sistema económico y de su regulación frente a la sociedad, en la actualidad recibe el nombre de “orden constitucional económico”<sup>226</sup>.

Este orden constitucional económico puede ser definido como “un conjunto normativo, presidido por la garantía institucional del mercado, pero en el que la libertad resulta atemperada por exigencias derivadas de la igualdad (no en vano el Estado se define como <<social>>)”<sup>227</sup>. Por esa razón es que en las Constituciones se han plasmado fórmulas tales como que la propiedad privada estará en función social, o función social de los bienes, la posibilidad de expropiar por utilidad pública o interés social, que la riqueza de un país está subordinada al interés general, etc. Veamos como ejemplo el caso Español.

En concreto se puede ver como la Constitución Española regula los componentes de libertad de empresa, economía de mercado dentro del Estado social. En el art. 1 España se constituye como un Estado Social y Democrático de Derecho; bajo este encuadre del tipo de Estado que la sociedad española adoptó para que se constitucionalizara en 1978, es que descansa la institucionalidad española: los principios y valores de un Estado Social y Democrático de Derecho. Dichos principios y valores son los que informan al ordenamiento jurídico y, sometidos a su interpretación, deberá dirigir su que hacer el Estado y la sociedad en términos de libertad e igualdad. En este sentido, dentro del tema económico constitucional, se establecen dentro de la balanza libertad e igualdad los derechos y principios que rigen el sistema económico Español.

Para ejemplificar lo anterior, en la Constitución Española destacan algunos artículos en que se concretan estos valores y principios que desde el momento en que están Constitucionalizados son normas jurídicas. En el art. 9.2. se encuentran las condiciones objetivas frente a las cuales el Estado está obligado ha hacer: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los

---

<sup>226</sup> Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, p. 9.

grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” Este artículo es fundamental en cuanto determina la obligación de los poderes públicos sean estos la administración, la jurisdicción o la legislativa en el sentido de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Convierte a la libertad y a la igualdad no en simples declaraciones de principios sino en derechos que sean materialmente realizables. Es más, deben de remover cualquier obstáculo que impida la materialización de dichos derechos, es una obligación del Estado “el hacer” para que su realización. Es la obligación del legislador de crear normas que vayan en la dirección de promover y crear condiciones para la realización efectiva de dichos derechos, quitando o removiendo los obstáculos que se presenten, ya sea en la vida política, económica, cultural y social. Las mismas exigencias son para la jurisprudencia del poder judicial y la labor del ejecutivo a través de la administración pública.

En este caso, los principios que constitucionaliza, sin mengua de su normatividad, tienen un importante contenido axiológico y, en consecuencia, son de gran trascendencia para el legislador en su tarea creativa de normas como para el intérprete en su función hermenéutica. Un ejemplo de esto lo constituye el art. 10.1 el cual vincula los siguientes principios y derechos con el orden político y la paz social: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” En el mismo art. 10.2 se encuentran vinculados los derechos fundamentales y las libertades Constitucionales con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de la interpretación, cita de la siguiente manera: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” Esto obliga a realizar una interpretación sistemática de las normas Constitucionales y de todas aquellas vinculadas directamente con los derechos fundamentales de las personas, con el objeto de materializar el fin último que es la dignidad humana a través de los derechos inherentes al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y demás derechos que

---

<sup>227</sup> Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, Op.cit. p p. 9 – 10.

son fundamento del orden político y la paz social, en este caso, Democrático y bajo las normas y principios del Estado de Derecho.

Luego en los artículos 14 hasta el 38 se reconocen los derechos y libertades fundamentales. Por ejemplo en el tema que se expone sobre libertad de mercado y Estado Social, se establece en el art. 33.1 el reconocimiento de la propiedad privada y en el numeral 2 se estipula su límite: “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Y en el numeral 3 del mismo artículo: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. La riqueza del país esta subordinada al principio del interés general, art. 128.1 “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Por un lado se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y por otro que los poderes públicos deberán garantizar y proteger su ejercicio de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación, art. 38. También se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y reservar recursos o servicios esenciales mediante la ley en casos especiales de monopolio o incluso intervenir empresas cuando así lo exigiere el interés general, art. 128.2. Se confirma en el artículo 131 el poder de planificación de la actividad económica general, mediante ley, para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

En términos generales esto constituye el “orden constitucional económico” que establece la Constitución de España. Libertad e Igualdad se juntan con el objeto de no hacer desaparecer una por la otra, sino que permitiendo el pleno desarrollo de la libertad pero regulada mediante los aspectos sociales y de interés general. Manuel Aragón Reyes al respecto afirma que “La propiedad privada y la libre iniciativa privada están sometidas a condiciones, pero tales condiciones no pueden hacer desaparecer esos derechos, sino sólo modularlos”.

Por lo tanto, la opción que presenta la Constitución de España, es una opción que toma partido por un modelo económico como es el de la economía de mercado y la libre iniciativa de la empresa (libertad de empresa), pero la cual no es absoluta, ya que debe

cumplir con ciertos requisitos y elementos esenciales para el bienestar general de la sociedad. El mismo autor antes citado dice al respecto: “ Sea cual sea la ideología que acceda al poder en cada momento determinado, hay libertades constitucionales que deben preservarse pero también hay mandatos constitucionales que deben cumplirse (la función social de los bienes delimitará el contenido esencial del derecho de propiedad privada, los poderes públicos habrán de atenerse a unos <<principios rectores de la política social y económica, etc.)”<sup>228</sup>.

## **II.4 El papel de los principios en el Estado de Derecho**

Siguiendo las anteriores pautas cabe preguntarse, ¿qué papel juegan los principios y los valores en un Estado de Derecho?. Es necesario aclarar qué cuando se habla de principios en el Estado de Derecho, se está dando por sentado que incluye los principios del Estado liberal y el social de Derecho, es decir, que los principios juegan el mismo papel ya que el modelo de Estado es el mismo, solo que como se ha argumentado, el Estado de bienestar social equivale al Estado liberal de derecho en su nuevo rol frente a la sociedad y los individuos.

Se puede decir que estos principios buscan establecer un orden justo, sea social, económico, jurídico o político, que podrían chocar incluso con el principio democrático de las mayorías, entendiendo que no siempre las decisiones mayoritarias son justas y que muchas veces dichas decisiones pueden afectar a los derechos fundamentales de las minorías.

En el ámbito de actuación, los principios del Estado Social de Derecho no contradicen los derechos individuales (como argumentarían los neoliberales), sino que estos principios – como diría Gustavo Zagrebelsky- se encuentran en medio del camino, entre los derechos individuales y los sociales. Estos principios no sólo protegen los derechos individuales y los sociales, sino que además establecen una forma de promocionar un orden general justo mediante el estímulo de las energías individuales y de las potencialidades sociales.

---

<sup>228</sup> Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, Op.cit. p p. 10 y 11.

En el derecho constitucional y en las constituciones que establecen derechos y obligaciones se suele tener una de dos visiones al respecto. En algunos casos dicha visión es simplista, argumentado que los deberes son la otra cara de los derechos, idea que forma parte del discurso exclusivista de los derechos y que opaca el valor verdadero de los principios. La otra visión es la que recae únicamente en las obligaciones, propia de los que propugnan la constitución como justicia, refiriéndose exclusivamente a los deberes en la que convierten a los deberes en un elemento autónomo propiamente constitucional.

Estas visiones o dimensiones (si se les puede llamar así), demuestran que el derecho, en su forma positiva, en el derecho constitucional, no sólo es derecho subjetivo de los derechos de libertad, sino, que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes. Por lo que ambas perspectivas del derecho, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales, juegan un papel fundamental en el desarrollo individual y social.

Los principios en el orden del derecho poseen una diversidad de concepciones y operan de diversas maneras porque son muy variados y numerosos<sup>229</sup>. La posición adoptada en este estudio es que los principios se deben considerar en su conjunto, los cuales pueden identificarse como los soportes estructurales del sistema jurídico entero<sup>230</sup>. Por tal razón es que se ha venido denominando principios, sin hacer referencia exclusiva a una terminología específica, como podría ser el de principios generales, o principios del derecho.

Esta búsqueda de preeminencia de los principios que ha sido muy ampliamente desarrollada por la doctrina del derecho, tiene hoy más que nunca una importancia muy actual. Esa importancia y su real crecimiento esta produciendo consecuencias difíciles de aceptar en un mundo en el que la palabra globalización y mercado se hacen realidad para

---

<sup>229</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *La piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996. Ellos realizan una clasificación de los diferentes tipos de principios. Lo importante es que se hace notar la complejidad de las relaciones entre principios, aunque dicha clasificación no responde a la línea de la investigación pero era importante hacer mención de la existencia de la misma, además como objetivo de la diversidad de clasificaciones y concepciones que se tienen sobre los principios.

<sup>230</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I y II, Cívitas, Madrid, 1993, p. 76.

unos, pero que para otros las consecuencias son difíciles de sobrellevar, tanto en los aspectos económicos como en los que se refieren a Democracia y cultura<sup>231</sup>. El apogeo y vanguardia de estos derechos, vistos sobre la perspectiva real de la globalización y de las relaciones internas entre los individuos, tiene su efecto ascendente después de la caída de los socialismos históricos (Ex – Unión soviética y los países del este de Europa). Dichos sistemas se fundaron bajo las ideas y principios de justicia en los que se menoscabó, al grado totalizante, los derechos de autonomía individual y el ejercicio del derecho de libertad<sup>232</sup>. Caídos los socialismos históricos, el mundo se ha encontrado con un sistema capitalista que propugna por la libertad de mercado y sin un contrapeso objetivo. Esta situación está vulnerando derechos fundamentales de la mayoría de los miembros de las sociedades en el mundo<sup>233</sup>. Ahora se plantea que frente a esta realidad se hace necesario rescatar al Estado Social de Derecho, analizando y proponiendo un Estado del bienestar social que responda, por un lado, al desarrollo de la autonomía de la persona y la libertad individual, pero que también haga suyas la materialización de los derechos sociales.

---

<sup>231</sup> Informe sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 1999.

<sup>232</sup> Es el caso, por ejemplo, de la construcción de los estados socialistas histórico - pragmáticos, que fundaron muchos de sus movimientos en principios de justicia, pero que a la larga se violentaron los derechos de libertad individual al extremo. No hay que caer en el error de pensar que el establecimiento de los derechos o principios de justicia lleva consigo la violación de los derechos de libertad individual. Obviamente se limitarán unos con otros en su ejercicio, y precisamente acá está uno de los problemas, ¿cómo hacer convivir los derechos de libertad individual con los de justicia, en un mundo en que el derecho y la realidad social se han complejizado tanto?. Es aquí donde juega un papel fundamental la ponderación y el análisis de la problemática. También es importante aclarar, para no caer en errores de apreciación, que las razones que dieron paso a la vulneración de derechos durante la vigencia de los sistemas totalitarios fueron muy variadas, por lo que cabría dar a cada quien lo que le corresponde, en el sentido de que la teoría marxista, tal como la concibió Karl Marx, no fue llevada a la práctica como él seguramente la planteó, de aquí es que se habla de diferentes marxismos o diferentes escuelas marxistas que lo que pretendieron o pretenden es una interpretación de la visión de Marx. En cambio, lo que da paso al régimen nacional socialista fue un régimen constitucional y democrático en la vigencia de la Constitución de Weimar, que después de la segunda guerra mundial y el derrocamiento de dicho régimen, se empiezan a incorporar a las constituciones modernas, no sólo los mecanismos que garanticen los derechos vía procedimientos, sino declaraciones, manifestaciones en normas internacionales y en las constituciones nacionales de principios de justicia, para evitar que se repitan los acontecimientos atroces. Por tales razones es que principios y derechos deben y es necesario que convivan juntos.

<sup>233</sup> El profesor Ramón Soriano, ha expresado que la opinión de la gente de la calle y la mayoría de los juristas es que los derechos fundamentales son ineficaces, característica que se convierte en una dura crítica dirigida a los responsables políticos que deben velar por su respeto. Véase al respecto a Ramón Soriano, *Valores y Derechos Fundamentales*, Op.cit. p. 180.

Actualmente, en la realidad histórica, se ha podido comprobar que el crecimiento voraz del capitalismo neoliberal (hace énfasis en el libre juego del mercado –oferta y demanda– y en la propiedad privada), sistema que debería basarse en el respeto y vigencia de los derechos de libertad, ha puesto en situación de indignidad humana a grandes márgenes sociales en el ámbito mundial. En este sistema unos pocos materializan los derechos de libertad individual, en cambio los más, se encuentran limitados en su realización debido a sus condiciones materiales de pobreza (ausencia de educación, salud, trabajo, vivienda, alimentación, etc.). Dicho en otras palabras, la preeminencia de los derechos de autonomía de la voluntad que se ha denominado derechos de libertad centrado únicamente en la ampliación y fundamentación de las esferas de libertad de los individuos, ha conllevado la contradicción en la afectación de los derechos de los mismos individuos y la sociedad, fruto del ejercicio ilimitado de dichos derechos.<sup>234</sup>

Por tanto, los principios juegan un papel relevante para la limitación y moderación de estos derechos en general, lo que viene a redundar en su protección. Hoy más que nunca los principios y los derechos sociales reclaman su lugar frente a estos derechos individuales de libertad. No como un elemento más, sino, y fundamentalmente, como conciencia crítica y ética del ejercicio autónomo individual o colectivo de los derechos de voluntad; es decir, los principios objetivos de justicia obligan a la voluntad deseosa de actuar, sea individual o colectiva, a confrontarse, moderarse e incluso plegarse: en todo

---

<sup>234</sup> Daniel Bell, se refiere a que en el mundo de hoy son tres las realidades de las sociedades: por un lado, la política democrática que busca concretar el principio de igualdad; por otro la económica capitalista que lo que busca es el principio de eficiencia, y en tercer lugar, la realidad cultural. Al respecto de esta última, el capitalismo ha producido una cultura del consumismo. Es una cultura hedonista, es decir, la búsqueda del placer y la realización de los deseos. La clave moral en este tipo de sociedades es el individualismo hedonista. Es un placer cuya satisfacción debe ser inmediata e individualista. Los individuos movidos únicamente por el interés de satisfacer toda suerte de deseos sensibles en el momento presente, no sienten el menor afecto por su comunidad y, por ende, no están dispuestos a sacrificar sus intereses egoístas en aras de la cosa pública. La cultura se valorará a partir de este aspecto, será positiva si produce placer y negativa si no produce placer. Bell describe esta realidad, con la que, por supuesto, no se está de acuerdo ya que frente a ello están las virtudes. Bell analiza estos tres principios (igualdad, eficiencia y el cultural) y explica como éstos entran en conflicto y su razonamiento es el siguiente: las personas están determinadas por los deseos, los cuales no tienen límites, sobre todo basados en la autonomía de la voluntad, y lo que el mercado hace es crear deseos. El principio de igualdad frente al hedonismo individualista, hace que cada uno de los individuos exijan (aunque materialmente es irrealizable) que los deseos del otro se hagan realidad en su persona por el hecho de ser iguales, “yo soy igual que tú, yo debo tener lo que tú tienes”, por lo que el capitalismo sucumbe, así ningún país o sistema puede satisfacer los deseos de todas las personas. Luego vienen los grandes problemas sociales, destrucción irracional de los recursos naturales, violencia callejera, crimen organizado, etc. Lo que es más grave, que las necesidades básicas de casi el 60% de la población mundial no están cubiertas, un 20% cubre sus necesidades básicas, lo que significa que el 20% restante disponen del recurso para satisfacer sus deseos, que como se dijo antes, son ilimitados. Daniel Bell, *Las contradicciones culturales del capitalismo*,

caso, a aceptar que no es la única fuerza constitutiva del derecho y a convertirse, ella misma, en objeto de un posible juicio de validez<sup>235</sup>.

Es así como se comprende la positivación de declaraciones de principios de justicia social y el desarrollo de los derechos sociales en las constituciones de la segunda posguerra, lo cual se integra a la desarrollada tradición laica liberal ejemplarizada en la Constitución de Weimar.

El Estado social de Derecho como corrección del Estado liberal “supone un mayor intervencionismo estatal, que asume, a través del Derecho, una función promocional para crear condiciones de igualdad y de libertad que el individuo no puede realizar con su esfuerzo aislado, con lo que el proceso económico y la vida industrial y mercantil son regulados por el Derecho, y unos nuevos derechos fundamentales de carácter económico social y cultural se añaden a los viejos derechos del individuo”<sup>236</sup>.

En este sentido, la convivencia entre los principios de libertad e igualdad son compatibles y complementarios en cuanto a que la posibilidad de eficacia de dichos derechos dependen del balance, moderación y regulación que exista entre ellos. No hay que caer en el error del planteamiento neoliberal de que los derechos de igualdad son un obstáculo para la realización de los derechos de libertad<sup>237</sup>, o el error de los socialismos totalitarios

---

traducción de Néstor A. Míguez, Alianza, Madrid, 1994. Y Anthony Giddens, *La constitución de la sociedad*, Amorrortu editores, Argentina, 1995.

<sup>235</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Op.Cit. p.106

<sup>236</sup> Gregorio Peces – Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 59.

<sup>237</sup> El neoliberalismo posee diferentes corrientes que lo interpretan, pero básicamente tiene dos perspectivas comunes, según lo sintetiza y expone Eusebio Fernández García; en primer lugar un rechazo radical y tajante a la intervención del Estado en la Economía, que se traduce en que la intervención vendría a obstaculizar, y hasta destruir, no sólo la eficiencia económica necesaria para el desarrollo normal de una sociedad, sino también las libertades civiles y políticas. El segundo gran postulado común de las corrientes neoliberales se centra en la crítica a la labor redistributiva del Estado de Bienestar social, lo cual no sería justificable ni moral ni políticamente dicha función puesta en manos de un Estado voraz, donde las ventajas de su injerencia brillarían por su ausencia. Con respecto a la intervención del Estado en la Economía -Friederich A. Hayek (uno de los intelectuales del neoliberalismo y premio nobel de economía en 1974) opina- se ataca directamente a los presupuestos del Estado de Derecho, puesto que “la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actitud del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos y que toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho. Provocar el mismo desarrollo para personas diferentes significa, por fuerza, tratarlas diferentemente”. Friederich A. Hayek, *Camino de servidumbre*, traducción y nota introductoria de José Vergara, p. 135. La idea de estos autores es el



en que los derechos de igualdad son incompatibles con los de libertad<sup>238</sup>. Hacer de los derechos de libertad un absoluto sin regulación, se caería en un contrasentido, o como diría Karl Popper, en una “paradoja de la libertad”, que es la tendencia de la máxima libertad a convertirse en máxima opresión<sup>239</sup>. O convertir a los derechos de igualdad en un absoluto, se estarían destruyendo las libertades fundamentales del individuo en las que cabe el derecho a la diferencia contrario a intereses hegemónicos y totalitarios<sup>240</sup>.

---

establecimiento de los principios y valores del sistema liberal de mercado, el libre juego de la oferta y la demanda como manifestación concreta del derecho a la libertad económica como base de las libertades del hombre (*homo economicus*). El ataque de este sistema va contra el Estado de bienestar social, ya que lo que podrá hacer al hombre desarrollarse como tal, no es la intervención del Estado sino el desarrollo del capitalismo puro en el que los individuos puedan basar sus relaciones en intercambios recíprocos, creadores de una plusvalía social óptima.

El segundo aspecto que critican estos autores en relación con el Estado de bienestar social se refiere a que la labor redistributiva que realiza este tipo de Estado es falsa; el mismo Friederich Hayek señala que el concepto de justicia social no es más que una simple fórmula vacía que carece totalmente de sentido, ya que “quienes emplean la referida expresión no saben lo que con ellas pretenden decir, sino que más bien la usan como simple aserto que les permite formular pretensiones que carecen por completo de justificación”. Friederich Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, vol II, *El Espejismo de la justicia social*, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1979, p. 1. En el mismo sentido opina Milton Friedman (premio nobel de economía en 1976): “Una sociedad que interponga a la libertad la igualdad –en el sentido de los resultados- acabará sin una ni otra; el uso de la fuerza para lograr la igualdad destruirá la libertad, y la fuerza, introducida con buenas intenciones, acabará en manos de personas que la emplearán en pro de sus propios intereses”... “donde quiera que se ha dejado funcionar al mercado libre, en todos los lugares en los que ha existido cierta igualdad de oportunidades, el hombre de la calle ha sido capaz de llegar a niveles de vida antes impensables. En ningún sitio es más grande el abismo entre el rico y el pobre, en ningún lugar es más rico el rico y más pobre el pobre que en las sociedades que no permiten el funcionamiento del mercado libre”. Milton y Rose Friedman, *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, traducción de Carlos Roccha Pujol, Editorial Grijalbo, Barcelona, 1980, p.p. 207, 209 y 391 y ss. Eusebio Fernández García, *Filosofía Política y Derecho*. Op. cit. p. 119 – 124

<sup>238</sup> Ver capítulo 1 del presente estudio numeral 1.5 *Cultura política democrática*, p.p. 8 – s.s.

<sup>239</sup> Karl R. Popper, *La sociedad abierta a sus enemigos*, traducción de E. Loedel, Paidós, Barcelona, 1982. p. 126.

<sup>240</sup> Amartya K. Sen, se refiere a la capacidad que los individuos tienen de hacer una cosa u otra. Pero esta capacidad está relacionada a la vez con la libertad que tiene el individuo “para hacer esto o ser aquello”. Esto tiene que ver con las oportunidades reales que las diferentes personas tienen para hacer o ser en libertad. “Si una persona –dice el profesor Sen- pudiera haber conseguido todos los vectores de realización relevantes que otra persona pudo conseguir, entonces en algún sentido importante la primera persona tuvo al menos tanta libertad para vivir bien como la segunda.” Amartya Sen define a la idea general de la libertad para conseguir bienestar como “*libertad de bienestar*”. Pero todo se resume en la posibilidad de realizaciones y elecciones ejercidas para el bienestar, las cuales sólo pueden ser dadas en libertad, la cual se basa en condiciones para el desarrollo. El bienestar de una persona está estrechamente ligada con las realizaciones refinadas, es decir, la posibilidad de elección de hacer esto o ser aquello, es decir una vida con libertad. Lo anterior establece una circularidad en la relación entre realizaciones y capacidades, y entre el bienestar y la libertad de bienestar. “Pero lo que esto hace de hecho es forzarnos a pensar estos conceptos como mutuamente dependientes, a tener en cuenta la simultaneidad de las relaciones implicadas.” Amartya K. Sen, *Bienestar, Justicia y*

El fenómeno de la libertad y la igualdad dentro de la teoría de los principios ha sido una propuesta que ha manejado la socialdemocracia como una visión de compatibilidad entre ambos principios. Este carácter de compatibilidad entre libertad e igualdad ha sido fruto de las relaciones entre Estado socialdemócrata con el reformismo de raíz revisionista que se sintetizan en un punto clave desde una perspectiva filosófico-política: la visión de la relación entre socialismo y liberalismo. Dentro de la socialdemocracia se ha reconocido “la insistencia de los revisionistas reformistas y fabianos” entre los que se puede mencionar a Bernstein de que “<<no existe una idea liberal que no pertenezca también al contenido ideal del socialismo>> ... ni oposición entre un *socialismo* correctamente entendido y un legítimo *individualismo*>>”. Más adelante aclara el profesor Ruíz Miguel que “en estos textos se entendía por liberalismo era la garantía, dentro de un sistema democrático de participación en el poder político, de las libertades individuales básicas, condensables en lo que el más sólido socialista reformista español, Fernando de los Ríos, llamó el <<reconocimiento de la santidad en herejía>>”<sup>241</sup>.

Es aquí donde entra en juego la ley, el derecho y la Democracia en el Estado Social. La ley como expresión de ese Estado de Derecho es la única vía y la única forma para regular e incluso limitar la libertad de los individuos en beneficio de los mismos individuos. Eso sí, dicha limitación debe hacerse dentro de un marco democrático, buscando como objetivo el respeto de los derechos fundamentales de todos. Fuera del sistema democrático, es decir, prescindiendo de los principios y valores que rigen a la Democracia (pluralismo, diálogo, discusión, consensos, igualdad de oportunidades de expresión sobre la base del acceso a la información, educación, decisión de qué sistema económico o social es mejor para sus vidas) el sistema Estado de Derecho democrático no tendría razón de ser y sería un régimen autoritario o totalitario de los cuales la historia ya ha dado razón.

En conclusión se puede afirmar con Eusebio Fernández García, que “El Estado de bienestar social es un Estado de Derecho, liberal y democrático, vigente en el marco de

---

*mercado*, traducción de Damián Salcedo, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997, p.p. 81 – 84.

<sup>241</sup> Alfonso Ruíz Miguel, *La socialDemocracia*. En (et.al) *Historia de la Teoría Política*, Compilación de Fernando Vallespín, Tomo 4. Op.cit. p. 245 y 246.

una economía de mercado, no una dictadura...” y que “a pesar de sus múltiples problemas y crisis, no ha limitado sustancialmente las libertades cívicas y políticas de los ciudadanos, al mismo tiempo que les ha asegurado importantes servicios sociales y prestaciones.”<sup>242</sup>

## **II.5 Relación entre Democracia y Estado de Derecho**

Antes de concluir con el presente capítulo es necesario retomar algunos aspectos que vinculan los conceptos de democracia y Estado de Derecho para así poder introducir el tema del Poder Judicial.

### **II.5.1 Constitucionalización de la Democracia y el Estado de Derecho**

En el capítulo 1 se ha definido lo que se entiende por Democracia. En dicho concepto se deja claro que la fuente de legitimidad del poder del Estado es el pueblo. En este sentido hay que partir de una premisa básica que es a la vez fundamental para comprender cómo se relaciona el Estado de Derecho y la Democracia, ya que como se ha visto poseen algunos rasgos comunes pero al mismo tiempo existen elementos que los hacen diferenciarse.

La premisa es que la razón de ser del Estado Democrático es el pueblo y los derechos fundamentales en él reconocidos. El pueblo, a través de la participación política, es el que decide quién<sup>243</sup> será el titular que va a ejercer el poder del Estado. El pueblo decide quienes son los que a través de la competencia electoral<sup>244</sup> van a controlar y manejar los órganos que ejercen el poder institucional del Estado<sup>245</sup> en un sistema democrático.

---

<sup>242</sup> Eusebio Fernández García, *Filosofía Política y Derecho*. Op. cit. p.p. 123 – 124.

<sup>243</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Op. cit. p. 858.

<sup>244</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y Democracia*. Op.cit. p. 343.

<sup>245</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Op.cit. p. 119.

Los poderes institucionalizados y organizados del Estado derivan su legitimidad -su razón de ser- del pueblo, por tanto, la función que de ellos deriva y la potestad para el ejercicio y la aplicación de las decisiones y de las medidas que consideren pertinentes poseen su legitimidad original en el pueblo. Esta potestad proviene de la soberanía popular que es la manifestación de su voluntad a través de los procedimientos y mecanismos que la Democracia pone a su disposición, para que sea el pueblo el que tome la decisión de quién o quienes serán los depositarios de esa potestad de dirección y decisión en el poder.

En esto juega un papel fundamental y necesario la legalidad y la Constitucionalidad del Estado. El Estado de Derecho y la Democracia exigen en la actualidad que los principios y valores que rigen a éste tipo de Estado se garanticen por medio de la Constitución. Aquí es donde entra en juego el denominado Estado Constitucional de Derecho que no es más que la Constitucionalización del Estado de Derecho y la Democracia como sistema político.

El Estado Constitucional de Derecho podría ser definido, tomando en cuenta los elementos que se han desarrollado en la investigación, como la Constitucionalización de los derechos, principios, valores y garantías fundamentales, tanto de las liberales como de los sociales; establecimiento de garantías institucionales y normativas para la eficacia y protección real de los derechos fundamentales, así como, de los procedimientos y mecanismos de participación política; división de poderes, sometimiento y limitación de los poderes a la legalidad.

La legitimidad democrática del Estado de Derecho, es tal, porque se reconocen los procedimientos y mecanismos de garantía que le son característicos en la Constitución. Dicho de otra forma, el poder es legítimo, porque emana o procede del pueblo, a través de los mecanismos institucionalizados y regulados en la Constitución. Y, por ende, la Constitución posee ese valor de norma suprema, entre otras razones, porque están recogidos los intereses y valores de los diferentes grupos sociales y políticos que participaron en su formulación, que no son más que el consenso y el acuerdo de los representantes del pueblo reunidos en asamblea constituyente.



Un Estado de Derecho no poseerá legitimidad democrática cuando el poder que por medio de ella se ejerza, no viene determinado en las formas prescritas por la Constitución, o estando prescritas, vulneran sistemáticamente los principios y valores de la Democracia, tales como las libertades e igualdades fundamentales. Un Estado que ignora los principios y valores de la Democracia será un Estado de legalidad, pero no un Estado de Derecho. Estados de legalidad han sido los autoritarismos y los totalitarismos que ya se han comentado, los cuales han actuado en el ejercicio del poder bajo la legalidad por ellos determinada, pero no una legalidad legitimada democráticamente.

El Estado de Derecho establece garantías, tómesese como ejemplo las institucionales (ombussman, ministerios públicos, jurisdicciones constitucionales) o las normativas sean procesales o sustantivas, las cuales al no funcionar se cae en el peligro de los autoritarismos o totalitarismos.

El hecho de que un Estado posea una Constitución democrática, no es garantía suficiente para que ese Estado en la práctica sea un Estado democrático y un Estado de Derecho. En este sentido, puede suceder que fallen las instituciones democráticas o, fallen los mecanismos jurídicos del Estado de Derecho o fallan los dos. En una palabra, si la institucionalidad en su formalidad Constitucional no funciona, el sistema deviene en cualquier otro tipo de sistema o de régimen político, menos en el democrático.

Es requisito indispensable que la Democracia no se quede en sus aspectos de legitimidad formal, sino que su legitimidad sea eficaz, y que sus mecanismos correctivos y de garantías funcionen, es decir, que funcione el Estado de Derecho. Con lo anterior se podrá constatar que la Democracia y el Estado de Derecho no están vinculados necesariamente, es decir, son conceptos autónomos, pero para el respeto de las garantías y vigencia real de los Derechos Fundamentales, se necesitan.

Puede suceder que la institucionalidad democrática no sea real en la práctica pero que los mecanismos del Estado de Derecho funcionen en garantía de la Democracia. Se ha dicho que entre los elementos del Estado de Derecho se encuentra la legalidad, bajo la cual, todo los poderes están subordinados y deben de someterse en el ejercicio de sus funciones. La falta de observancia de la legalidad es objeto de control por parte de los otros poderes, fundamentalmente del poder judicial y de las jurisdicciones constitucionales

en su caso. La Democracia, por tanto, no es absoluta en éstos términos, sino que es equilibrada, limitada y moderada por el Estado de Derecho. Es así como “Las vinculaciones y limitaciones del poder del Estado procedentes del Estado de Derecho están ya contenidas en parte en el principio democrático, en la medida en que los derechos de libertad e igualdad democráticos son condiciones constitutivas de la Democracia misma”<sup>246</sup>.

### **II.5.2 Coincidencias en la relación Estado de Derecho y Democracia**

Un punto de coincidencia entre la Democracia y el Estado de Derecho lo constituyen los derechos fundamentales. Por un lado, institucionalizando sus garantías (Estado de Derecho), y por otro, la doble participación (Democracia) de los individuos tanto en las decisiones como en resultados. Es decir, exigencias de que se respeten y se cumplan los derechos, las libertades y las obligaciones. En otras palabras, la coincidencia entre Democracia y Estado de Derecho se encuentra en los derechos, principios y valores de libertad en general y los derechos de libertad política en particular. El derecho de libertad general establece un principio formal de organización del Estado y la institucionalización de mecanismos jurídicos y políticos a efectos de materializar las garantías de libertad individual y su autodeterminación como uno de los papeles fundamentales del Estado de Derecho.

La labor del Derecho es, entre otras, garantizar ese ámbito de libertad fundamental, removiendo los obstáculos que impiden que los individuos sean libres (Estado Social de Derecho) u omitiendo actuar para que el ejercicio del poder del Estado no afecte los derechos fundamentales que giran alrededor de la libertad (Estado Liberal de Derecho). Entre estos derechos de libertad se encuentran las libertades políticas que son los ámbitos específicos relacionados con la Democracia, en que los individuos ejercen sus derechos políticos participando en las decisiones y exigiendo se respeten y cumplan sus derechos, a través del libre acceso a la información, libertad de opinión, asociación, reunión, prensa, expresión, etcétera.

---

<sup>246</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Op.cit. p. 119 y 125.

La elección de quién o quienes ejercerán el poder del Estado, tiene su base en uno de los elementos de la Democracia como es la participación en la decisión electoral por parte del pueblo para elegir a estos funcionarios; una excepción a esta regla o principio democrático de elección popular lo constituye la judicatura (sistema del civil law) de la cual se hablará y se desarrollará ampliamente en el capítulo siguiente. Este acto democrático de elección que trae como consecuencia el nombramiento de funcionarios que actuarán legítimamente ejerciendo el poder, es un acto que le da potestad y legitimidad de ejercer el poder. Pero este ejercicio del poder no es de manera alguna un ejercicio absoluto, sino, que éste se encuentra limitado, controlado y moderado por los derechos fundamentales, la ley, y la división de poderes, sin olvidar que dichos controles se establecen sobre la base de un poder legitimado democráticamente.

En términos generales, las garantías establecidas en el Estado de Derecho son en sí mismas, garantías para la Democracia, en el sentido de que los derechos y principios de libertad e igualdad, son principios que están instituidos como uno de los pilares y fundamentos (objetos – fines) en los que se desarrolla la Democracia y el Estado de Derecho, aunque la manera de tratarlos sea diferente, pero son complementarios. La limitación de las decisiones mayoritarias (principio democrático) tiene sus límites frente a los derechos fundamentales de los hombres, tal es el caso de los derechos de las minorías, sean estas minorías sociales, políticas o culturales. Una decisión que haya sido tomada por mayoría no legitima la vulneración de derechos fundamentales, la cual no sería además democrática en cuanto que la Democracia busca garantizar, precisamente, las libertades públicas.

En definitiva, el ejercicio del poder legitimado democráticamente y su limitación o moderación a través de las garantías fundamentales del Estado de Derecho, son los puntos en que coinciden Democracia y Estado de Derecho, ambos con un objetivo: permitir que la Libertad y la Igualdad como valores fundamentales de la Democracia y el Estado de Derecho, estén garantizados con el objeto de realizaciones más o menos eficaces para la dignidad humana, principio informador y fundamental de éste tipo de sistema político como es la Democracia.

### II.5.3 Rasgos que diferencian a la Democracia y al Estado de Derecho

Los rasgos que diferencian a la Democracia y al Estado de Derecho se pueden establecer según la naturaleza de cada concepto. Es así, que la Democracia se caracteriza por la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones a nivel político y en la exigencia del respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales a través de mecanismos que buscan la realización de la Igualdad y la Libertad. La Democracia establece la institucionalidad y los procedimientos para establecer quien detentará el poder y en qué forma.

En cambio el Estado de Derecho establece el contenido del ámbito y del modo de proceder de la actividad del Estado. Establece los límites al ejercicio del poder y además los sistemas de control de ese poder. Con el objeto de garantizar, materialmente hablando, la libertad individual y los derechos sociales, es que se crean poderes e instituciones y procedimientos a través del sometimiento a la legalidad, para restablecer los derechos fundamentales que hayan sido vulnerados. El Estado de Derecho garantiza jurídicamente las instituciones de la Democracia, a la vez que las regula, las modera y las limita, a través fundamentalmente de la Constitución y la ley.

Luigi Ferrajoli sistematiza las diferencias entre la Democracia y el Estado de Derecho distinguiendo legitimidad formal y legitimidad sustancial, es decir, entre condiciones formales y condiciones sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder. Las condiciones formales son el objeto de las reglas sobre *quién* puede y *cómo* se debe decidir y hacen referencia a la forma de gobierno; de estas reglas depende el carácter democrático del sistema. En cambio las condiciones sustanciales son objeto de las reglas sobre *qué* se debe o no se debe decidir y hacen referencia a la estructura del poder; de la naturaleza de estas reglas depende el carácter del derecho<sup>247</sup>.

Lo que básicamente diferencia a la Democracia y al Estado de Derecho, por ejemplo, es que cualquier decisión del poder político o de las mayorías (Legitimidad formal democrática) debe seguir los cauces de la legalidad y con el cuidado de que al regular los derechos fundamentales no afecte sus núcleo esencial plasmados en la Constitución y, si

---

<sup>247</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Op. cit. p.p. 857 - 858



se afectan, existen los procedimientos jurídicos para su reparación y garantía (Estado de Derecho). Cualquier decisión que el poder adopte en un sistema democrático sea cual fuere su contenido, deberá estar regulado por las instituciones vinculadas al Estado, mediante los límites sustanciales impuestos a los poderes públicos, reconocidos en la Constitución y en las leyes que lo desarrollan.

## II.6 Conclusión

Como conclusión se pueden señalar los siguientes aspectos, que deberían ser considerados fundamentales para el estudio del tema del Estado de Derecho.

- a. Los Derechos Fundamentales de la persona deben ser el marco jurídico – filosófico para definir un estado como Estado de Derecho. Dichos derechos subjetivos fundamentales tienen su fundamento ideológico filosófico en presupuestos del iusnaturalismo racionalista que devino posteriormente en positivismo jurídico, impregnando a ese tipo de derecho de seguridad jurídica.

Para que el concepto de Estado de Derecho posea una dimensión precisa y concreta, es necesario abordarlo desde esta visión ideológico filosófica del iusnaturalismo racionalista, en cuanto a que es el fundamento de los derechos subjetivos. Como diría Antonio Enrique Pérez Luño “la vieja aspiración del iusnaturalismo iluminista de aunar en la ley los valores de justicia y certeza constituye también el fundamento último del Estado de Derecho; siempre que para evitar pasados errores, se conciba esa ley como expresión de racionalidad histórica producto de una voluntad mayoritaria auténticamente democrática, esto es, democrática no sólo en términos jurídico-políticos, sino también socio-económicos”<sup>248</sup>.

- b. El Estado de Derecho es el cauce que le confiere carácter formal al Derecho, constituyendo al Estado como la única fuente del Derecho que le da validez, a través de unos procedimientos establecidos y determinados por la Constitución, como reflejo del ordenamiento jurídico, pero limitando los contenidos del derecho al respeto de los Derechos Fundamentales.

---

<sup>248</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. cit. p. 245.

- c. El Estado de Derecho es la aspiración y exigencia social de una determinada forma de organización política, en el sentido de que la forma de organización política, Estado de Derecho, cumple con los requisitos de limitación jurídica del poder, la cual debe ser desarrollada y realizada en Democracia.
- d. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede afirmar, junto con lo que dice Elías Díaz, que no todo Estado es Estado de Derecho; éste debe cumplir con ciertos requisitos de garantía y respeto por los Derechos Fundamentales: limitación del poder por medio de la legalidad, división de poderes, sometimiento del ejercicio de los poderes públicos y fácticos al control jurisdiccional y establecimiento de un determinado sistema político como es el democrático.
- e. El único sistema político en el que puede ser desarrollado un Estado de Derecho es el sistema democrático. Como Estado de Derecho, dirá Hans Kelsen, debe entenderse un cierto tipo de Estado: aquel que responde a las exigencias de la Democracia y de la certeza del derecho.
- f. La forma Estado Social de Derecho, es el marco en el que el Estado debe organizar su administración para procurar a los individuos la realización material de los principios y valores del Estado de Derecho. No es un modelo que elimine el Estado de Derecho, es el Estado de Derecho desde una perspectiva de bienestar social. Une Estado y sociedad, pero sin confundir sus roles. La Constitución es el marco jurídico político y de principios y valores en el que la dignidad humana es el valor supremo sobre el que gira todo el engranaje de dichos principios y valores.

